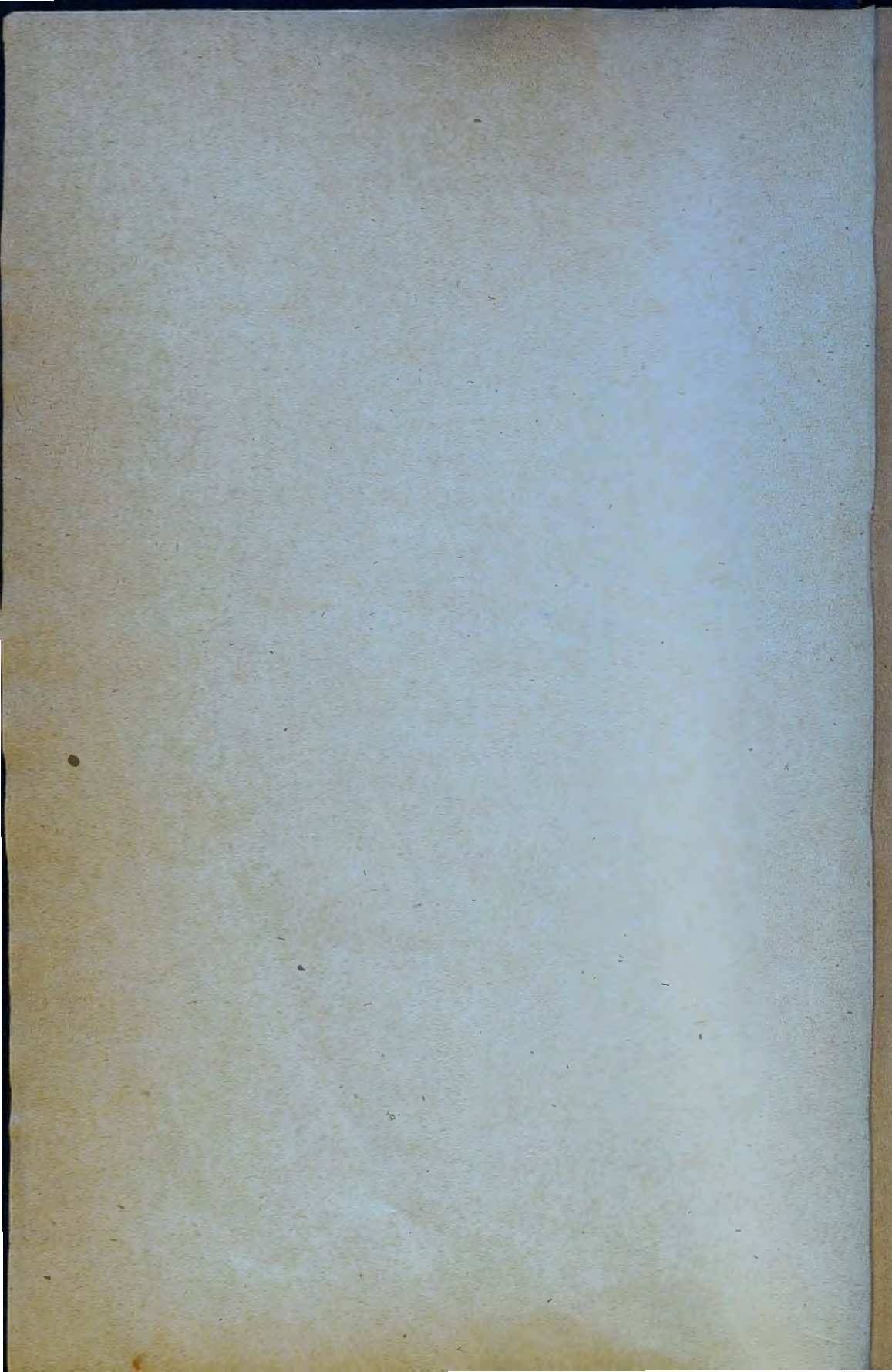
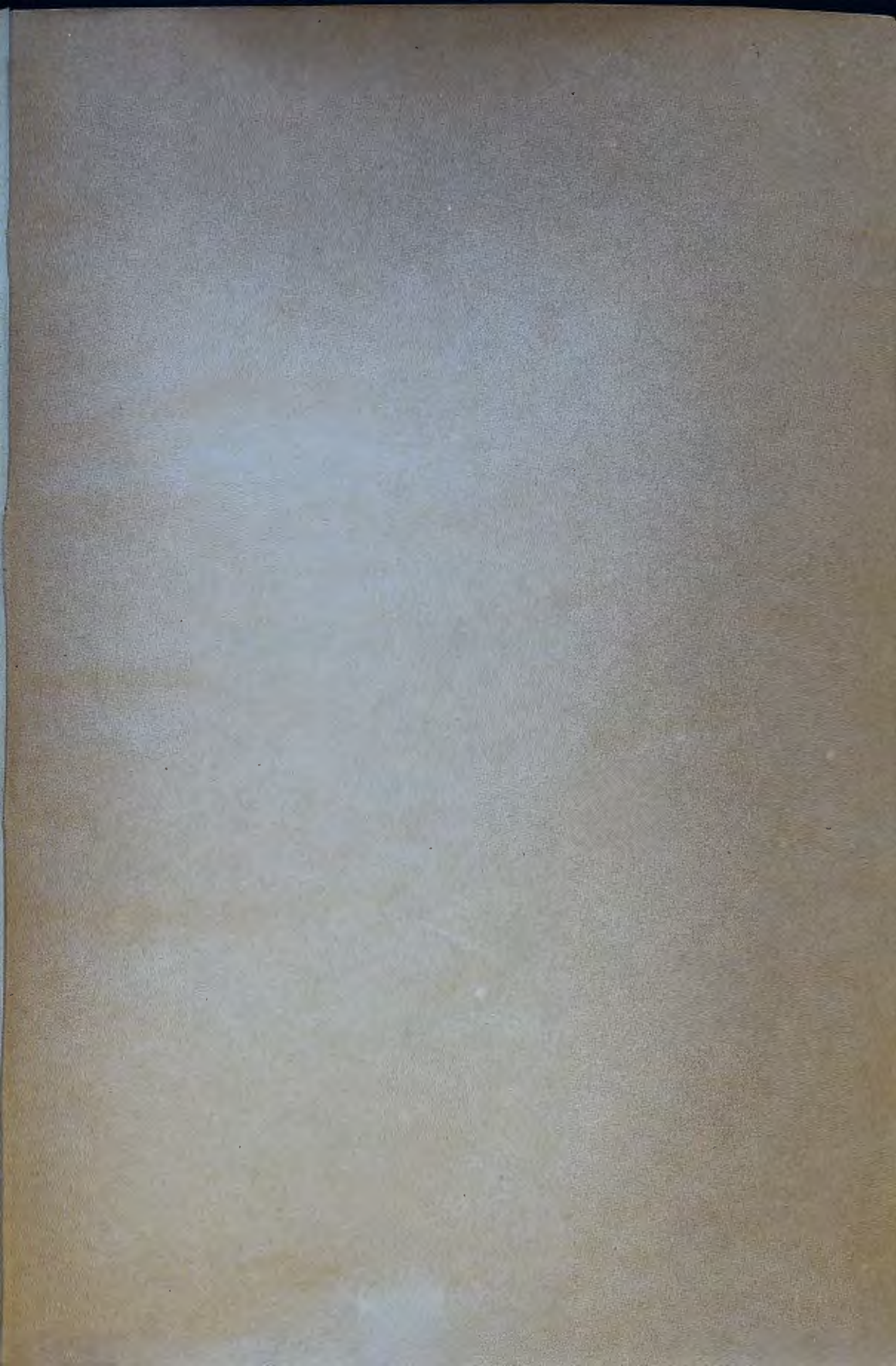
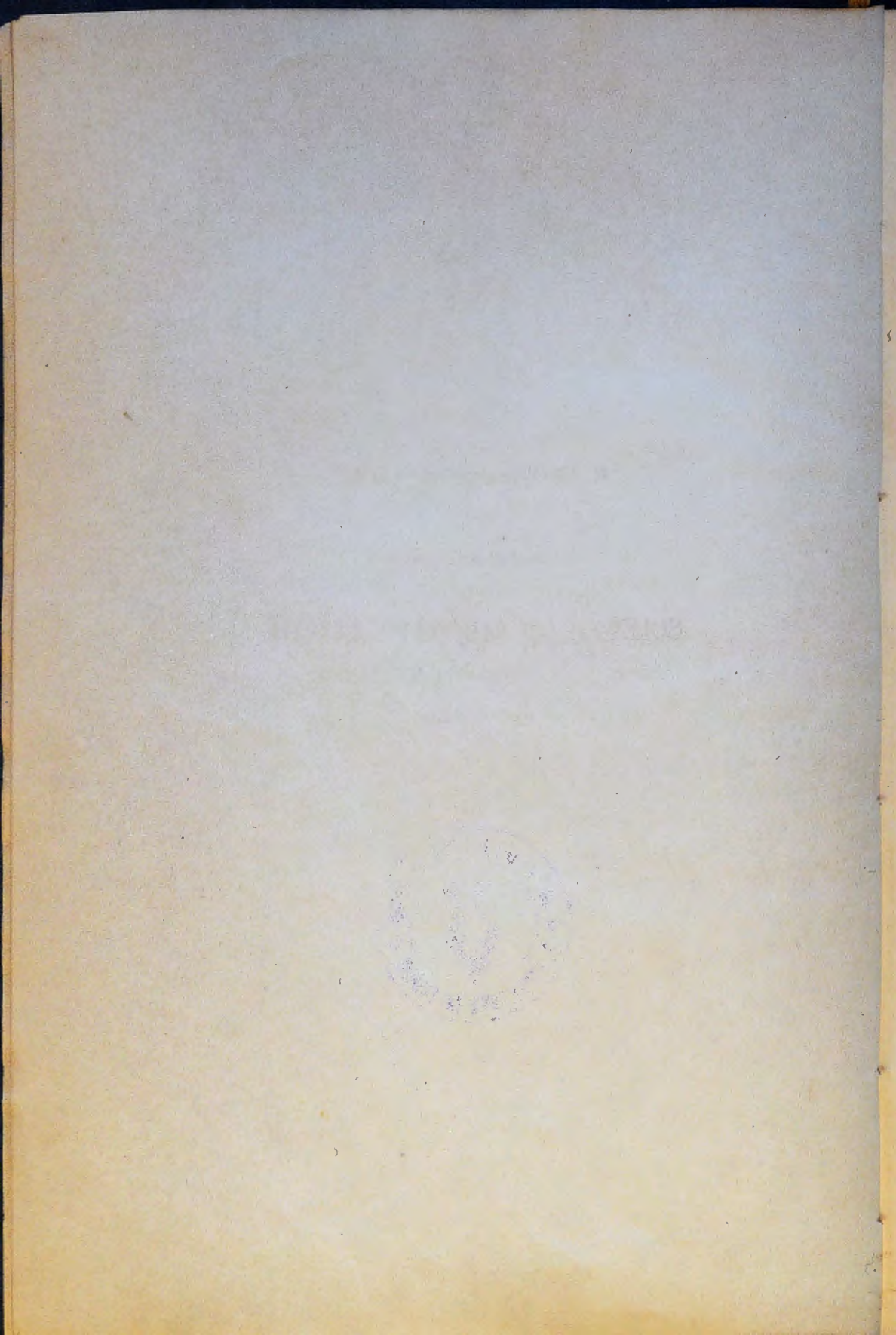


MEM I VIII

IV 366







R. UNIVERSITÀ DI TORINO

ISTITUTO DI ESERCITAZIONI

NELLE

SCIENZE GIURIDICO-POLITICHE

MEMORIA VIII



FEDERICO PATETTA

LE ORDINE

DEI

DEI

DEI

EIX 5 a 8

FEDERICO PATETTA

LE ORDALIE

STUDIO

DI

STORIA DEL DIRITTO E SCIENZA

DEL

DIRITTO COMPARATO



1m
F
90880

TORINO

FRATELLI BOCCA EDITORI

LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

SUCCURSALI:

ROMA
Corso 216-217

FIRENZE
Via Cerretani, 8

DEPOSITI:

PALERMO
Università, 12
(N. Carosio)

MESSINA
Daly

CATANIA
S. Maria al Re, 23
(N. Carosio)

1890

LE ORDALE

DIRITTO CONTINATO



PREFAZIONE

V'hanno nella storia del diritto, ed in generale della civiltà, certe istituzioni, che, nate nei primordi dell'incivilimento, e non atte per natura a trasformarsi gradatamente seguendo passo passo l'evoluzione individuale e sociale, si riscontrano fondamentalmente immutate presso genti in condizioni di civiltà diversissime, finchè, nei popoli più colti, scompaiono senza lasciar quasi traccia di sè. Tale è il *Giudizio di Dio* usato oggi fra le più rozze popolazioni selvaggie, come lo era, pochi secoli or sono, nelle più colte regioni d'Europa.

Certo, a primo aspetto, simili istituzioni presentano allo storico minor interesse di altre più vitali e durature, di cui egli può seguire il lento svolgimento, indagando quanto ogni razza, ogni popolo, ogni scuola abbia contribuito all'opera comune; ma,

d'altra parte, esse per la loro universalità sono dati preziosi in quel tormentoso studio sulle origini delle istituzioni umane, che è in certa guisa una caratteristica del moderno indirizzo scientifico, e dimostrano come, risalendo appunto alle origini, perda importanza la distinzione fra le varie razze, e si scorga invece quasi un nucleo comune, che ogni popolo è poi chiamato ad elaborare, ed a svolgere diversamente in corrispondenza delle proprie facoltà e delle condizioni esterne, abbandonando nel cammino ciò che non corrisponde ai bisogni costanti della società umana, ma a condizioni individuali e sociali proprie solo d'un determinato periodo di civiltà. Perciò, intraprendendo lo studio del giudizio di Dio, credetti che esso non avesse solo un interesse archeologico, ma potesse richiamar l'attenzione del giurista come del filosofo e del sociologo.

A questo scopo, trattandosi di un'istituzione comune a tutte le razze conosciute, non volli restringermi a studiarla presso una sola, ma reputai che fosse qui il caso di ricordare la massima, in sè certo esagerata, di Thibaut, che la storia del diritto, per essere veramente utile, deve estendersi a tutti i popoli antichi e moderni.

Per contro finora tutte le monografie sui giudizi di Dio, salvo un lavoro più che altro abbozzato di Königswarter (1), hanno di regola per oggetto le or-

(1) Negli *Études histor. sur le développement de la société humaine*, pubblicati nel *Journal de Législation et Jurisprudence* (anno 1849-1850) e poi separatamente, Paris 1850.

dalie germaniche o le indiane, ed anche in questo campo ristretto nessuna può dirsi completa.

A questo proposito basti osservare che i pochi lavori sui giudizi di Dio nell' India (1) sono anteriori alla pubblicazione dei principali libri giuridici, ora accessibili anche ai profani nella versione inglese, e che per le ordalie germaniche, il lavoro più esteso è ancora quello di F. Maier, scritto quasi un secolo fa (2). Questo lavoro riassume quanto era stato fatto anteriormente in una quantità di dissertazioni ora quasi introvabili, ed in generale di scarso valore, ma presenta moltissime lacune, ed è ben lontano dall'usufruire intieramente il ricco materiale accumulato già dal xvi al xviii secolo per opera dei grandi eruditi, Lindebrog, Baluzio, Jureto, Martene, Muratori, d'Achery, Du-Cange (3) ed altri, che, senza

(1) DI ALI-HIBRAHIM (1789), STENZLER (1855), SCHLAGINTWELT (1866) citati a suo luogo.

(2) *Gesch. der Ordalien insbes. der gerichtl. Zweikämpfe in Deutschland*, Jena, 1795. Un primo abbozzo del lavoro era stato pubblicato nel 1794 in *Taschenbuch der teutschen Vorzeit* di MEREAU, ed è riprodotto da ERNESTI, *Beiträge zur Gesch. der Deutschen*. Bayreuth, 1796 (p. 69-94). Maier dà un'estesa bibliografia dei lavori anteriori, fra i quali mi servii solo della dissertazione di E. GERHARDI, *De iudicio duellico*, Francof. et Lipsiæ 1735, di un lavoro insignificante di RIEMER, *Duella mulierum*, 1680, (non citato da Maier), e di alcuni articoletti di Vogt e Meiners, riprodotti parimenti nel citato libro di Ernesti senza nome d'autore. Posteriori a Maier sono * ZWICKER, *Ü die Ordale*, 1808; SANDIFORT, *De iudiciis Dei*, Lugd. Batav. 1810 (di qualche valore benchè affatto dimenticato); N. SCHLICHTEGROLL *Talhoffer*, Nürnberg 1817 (dove è anche riprodotto un lavoro di Dreyer, poco importante); * GILCHRIST, *A brief display of the origin and history of ordeals*, 1821. (Qui, come in seguito, sono segnate con asterisco le opere che non ho potuto procurarmi).

(3) L'enumerazione dei vari articoli riferentisi alle ordalie nel glossario di Du Cange, si trova negli *Indices ad gloss. xxxvii* (t. vii, p. 527 dell'ediz. di HENSCHÉL).

tentare una trattazione completa, erano stati in vario modo condotti ad occuparsi del giudizio di Dio.

In seguito (1828), il lavoro capitale di Grimm sulle antichità giuridiche germaniche apporta un notevole contributo anche per lo studio nostro, dandoci però più una raccolta di materiali, che una trattazione sistematica. Segue nel 1832 un articolo di Wilda (1) assai pregevole, ma per necessità non abbastanza esteso, e che segna inoltre un vero regresso in una questione di massima importanza, quella dell'origine delle ordalie.

Dal 1832 ad oggi non mancarono sul nostro argomento scritti di molto valore, come quelli ben noti di Unger, Hildenbrand, Dahn, Maurer, Pfeffer, Kaegi ecc.; ma essi trattano solo alcuni punti speciali, salvo una breve compilazione di Pfalz (2).

Chi poi volesse riassumere quanto finora si è scritto sul Giudizio di Dio nell'Europa Medievale, avrebbe, credo, a notare che due questioni in ispecie furono o trascurate, o svolte insufficientemente, quelle cioè della posizione del giudizio di Dio nel sistema di prove germanico, e dell'atteggiamento successivamente assunto dalla Chiesa di fronte all'ordalia. Di

(1) Nell'*Enciclopedia* di ERSCH e GRUBER, Lipsia 1833, sez. III, P. IV, p. 453-490.

(2) UNGER, *Der gerichtl. Zweikampf bei den germ. Völkern*, 1847 (estr. dai *Göttinger Studien*). HILDENBRAND, *Die Purgatio canonica und vulgaris*, 1841.

* PHILLIPPS, *Ü. die Ordalien bei den Germanen*, München 1847. DAHN, *Studien zur Gesch. der germ. Gottesurth.* München 1857. MAURER, *Das G.-U. im nord. R. in Germania*, XIX (1874). PFEFFER, *Die Formalitäten des Gottesgerichtl. Zweikampf in der altfranz. Epik.* *Zeitschr. für rom. Philologie*, IX, (1885), 1-74. KAEGI, *Alter und Herkunft des germ. G.-U. in Festschrift zur Begrüssung der... XXXIX. Versammlung d. Philologen.*, Zürich 1887, (p. 40-60). PFALZ, *Die germ. Ordalien.* Leipzig 1865 (*Bericht ü. die Realschule*).

queste due questioni ho perciò voluto trattare con una certa ampiezza.

A voler completare questo breve cenno sulla letteratura dei giudizi di Dio, ci conviene ricordare ancora due brevi articoletti di Kohler sull'ordalia presso alcune popolazioni selvaggie, ed un saggio di P. Vigo sui giudizi di Dio nell'antichità (classica), in cui è intieramente trascurata la letteratura giuridica e dimenticata la comune origine delle popolazioni arie, nonchè l'universalità dell'istituzione presa a studiare.

Oltre che tracciare la storia dell'ordalia presso i vari popoli, mi proposi anche di illustrarne la genesi ed il concetto per quanto lo permettevano le mie forze; a ciò non poteva servire da sola la storia del diritto, ma si doveva ricorrere ad altre scienze, ricercando nello studio dell'uomo e delle società primitive quali condizioni individuali e sociali debbano necessariamente dar vita al giudizio di Dio, come esso si svolga parallelamente alla religione, come scompaia dove l'autorità sociale è fortemente costituita. A questo è dedicato in gran parte il capitolo primo, che serve quasi d'introduzione.

Del resto, procurai sempre che il lavoro fosse condotto direttamente sulle fonti, e le difficoltà anche materiali, di ricorrervi, e lo stesso titolo che esclude la pretesa di dare un'opera completa, varranno, spero, a scusare le lacune e le imperfezioni, che io riconosco per il primo.

Parecchi egregi professori dell'Università torinese, parecchi miei compagni ed amici, mi furono larghi

di aiuti e consigli, di cui mi è grato ringraziarli pubblicamente.

Se però questo mio primo lavoro sarà accolto non sfavorevolmente, lo dovrò in gran parte ai miei illustri maestri, professori Giuseppe Carle, Cesare Nani, Gian Pietro Chironi, per il cui indulgente giudizio ne fu decretata la pubblicazione fra le Memorie dell' Istituto d'esercitazioni nelle scienze giuridico-politiche presso la R. Università di Torino, e nei quali ho sempre trovato guide tanto dotte quanto benevole.

Ad essi è mio dovere unire l'illustre professore C. Cipolla, di cui ebbi pure ad apprezzare in più occasioni la ben nota dottrina e la squisita cortesia.

Torino, 4° Ottobre 1889.

F. PATETTA.

STUDI SULLE ORDALIE O GIUDIZI DI DIO

CAPITOLO PRIMO

Origine, cause ed evoluzione del concetto di giudizio di Dio.

Bibliografia. G. B. Vico. Opere. Napoli 1858-65. — SPENCE. *Principes de psychologie*, 1874. *Principes de sociologie*, 1878. *Istituzioni ecclesiastiche*, 1886. — CARLE. *Vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, 1880. *Origini del Diritto Romano*, 1888. — SCHAEFFLE. *Struttura e vita del corpo sociale*. (Bibl. dell'economista, VII). — SUMNER MAINE. *L'ancien droit*, 1877. *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1884. — LÜBBOCK. *Tempi preistorici. Origini dell'incivilimento* (trad. Lessona), 1875. — TYLOR. *Civilisation primitive*, 2 vol. Paris 1876. — HODDER M. WESTROPP. *Prehistoric phases etc.* London 1872. — BASTIAN. *Rechtsverhältnisse bei verschiedenen Völkern der Erde*, 1879. — MARSELLI. *Origine dell'umanità*, 1879, (1^a ediz.). — POST. *Ursprung des Rechts*, 1876. *Grundlagen des Rechts*, 1882. — WAITZ-GERLAND. *Anthrop. der Naturvölker*, 6 vol., 1859-72. — SCHNEIDER. *Die Naturvölker*, 2 vol., 1885-86. — TIELE. *Manuel de l'hist. des religions*, 1880. (1^a ed.). — M. MÜLLER. *Science de la religion*, 1873. *Origine et développement de la religion*, 1879. *Essais sur l'histoire des religions*, 1872. — A. RÉVILLE. *Prolégomènes de l'histoire des religions*, 1882. *Les religions des peuples non-civilisés*, 1883, 2 vol. — GIRARD DE RIALLE. *Mythologie comparée*, vol. I, 1878. LANG. *Custom and Myth*, London 1885. — F. MÜLLER. *Allgemeine Ethnographie*. 2^{te} Aufl. 1879.

1. — La parola *ordalia*, che ha riscontro nelle principali lingue d'Europa, deriva dalle forme latine *ordalia*, *ordalium*,

corrispondenti all'anglo-sassone *ordâl*, frisio *ordel*, *ordela*, fiammingo *oordeel*, tedesco *urtheil* (1).

Queste parole significano etimologicamente *giudizio* (2), ma passarono nelle lingue moderne nel loro senso più ristretto e più comune di *giudizio di Dio*, quasi giudizio per eccellenza.

Ordalia corrisponde quindi alle espressioni del latino medievale *iudicium*, *Dei iudicium*, *paribile iudicium*, *probabile iudicium*, *purgatio*, *probatio*, *examen*, *examinatio*, ecc., ed ha sul suo sinonimo *giudizio di Dio*, forse più italiano, il vantaggio di essere parola più precisa (3) e più estesa, mentre quello pare convenga esclusivamente alle religioni monoteistiche.

Dell'ordalia, o giudizio di Dio, vennero date molte definizioni, le quali peccano d'ordinario per mancanza dell'ampiezza necessaria ad abbracciarne tutte le forme, e spesso anche nel lasciar supporre che l'uso ne fosse ristretto ai processi penali (4).

Noi chiameremo ordalia ogni procedimento di qualsiasi genere, con cui si creda di poter indurre esseri soprannaturali a manifestare in un dato modo la loro decisione sopra una questione produttiva di effetti giuridici.

Ci troviamo dunque in presenza di una specie di oracolo, cioè di usanze superstiziose dirette, come molte altre, ad ottenere una risposta dalla divinità. Alcuni vollero bensì separare nettamente ordalia da oracolo (5), ma le differenze, che essi accampano, o non

(1) PFALZ, p. 11. THONISSEN. *Droit crim. des peuples anc.*, I, 31, n. 3. Per altre etimologie, proposte anticamente, Cfr. DU CANGE, *Glossar. v. Ordalia*. Sandifort, pag. 29 ecc.

(2) Così troviamo detto ad es. *Codex ordaliorum Hamburgensium*, *Ordelbock* (libro di sentenze), etc.. (WESTPHALEN. *Monum. ined. rer. germ.*, IV, 226, n. A. SANDIFORT, p. 29, n. 2); così pure è usata la parola *urtheila*, probabilmente nel senso di giudizio, in un'aggiunta alle leggi Bavare, di cui diremo.

(3) Sui significati svariati, in cui è usato specialmente il latino: *iudicium Dei*, vedi Dahn, p. 19-21.

(4) Vedi ad es. le definizioni di Pfalz, Sandifort, ecc.

(5) ROGGE, *Gerichtswesen*, p. 196. — DAHN, p. 2. Questi pretende distinguere l'ordalia dall'oracolo, perchè: 1° L'ordalia ha sempre uno scopo pratico, l'oracolo no. 2° L'oracolo è inerente ad un certo luogo, l'ordalia può compiersi ovunque. 3° Nell'oracolo la divinità risponde nel modo che le piace, nell'ordalia il modo le è già prefisso dall'uomo. Queste distinzioni sono assolutamente

sussistono, o sono puramente formali, non sostanziali. Tanto è ciò vero che spesso una medesima pratica superstiziosa serve alternativamente per giudizio di Dio, per oracolo nel senso comune della parola, ed anche per auspicio, come si osserva tanto presso i popoli selvaggi, quanto fra gli antichi Germani e nell'Europa medievale. In questi casi, il criterio per distinguere l'ordalia sta esclusivamente nello scopo per cui si ricorre alla divinità; in altre parole la natura giuridica della questione da risolversi costituisce uno dei caratteri essenziali dell'ordalia. Un secondo carattere si deve ricercare nella certezza assoluta che nel fatto dell'uomo, e per conseguenza di esso, si manifesti in un determinato tempo la decisione della divinità. Quando la certezza manchi, si avrà un prodigio, un miracolo, non un giudizio di Dio.

Parecchi fra gli scrittori (1), che si occuparono di questo argomento, aggiungono ancora che vi ha giudizio di Dio solo quando la divinità operi come testimonio o giudice del fatto, senza punire essa stessa il colpevole, ma lasciandone l'incarico al giudice umano. Accettando questa opinione, bisognerebbe, per essere logici, escludere dal numero dei giudizi di Dio, non saprei con quanta utilità, il duello, la prova delle acque amare in uso presso gli Ebrei, le prove del veleno frequentissime presso i selvaggi, e quante altre potessero avere per conseguenza la morte del colpevole; di più converrebbe dire che certe prove, ad es. quella del fuoco, sono ordalie, se usate in un certo modo, non lo sono più, se ne è aumentata la gravità ed il pericolo. Ciò sarebbe arbitrario ed assurdo. Del resto il giudice umano interviene sempre, accettando e sanzionando il giudizio divino, e si può dire che punisce egli stesso il colpevole, quando ne procura la punizione dalla divinità.

false, ma se anche sussistessero, se ne potrebbe solo concludere che l'ordalia ha caratteri speciali, che la distinguono dall'*oracolo in generale*, e su ciò nessun dubbio. Contro agli autori ora citati cfr. del resto KÖNIGSW. 1849, III, 345-347. — PFALZ, p. 6, 17, 18. — WILDA, p. 453. — SIEGEL, *Gerichtsverf.* 1857, I, 165, n. 15. — Post, *Ursprung*, 121. — WAITZ, II, 156.

(1) HILDENBRAND, p. 21. — DAHN, p. 10, 13, 19. — PFALZ, p. 13. — THONISSEN, I, 31.

Si distinsero le ordalie, in unilaterali e bilaterali, secondochè una sola delle parti od entrambe sono sottoposte alla prova, ma è questa distinzione di poca importanza, anche perchè spesso una stessa ordalia è usata ora in un modo, ora nell'altro. Solo il duello è per natura sua sempre bilaterale, ma non è questo certamente sufficiente motivo per considerarlo quale istituzione separata, come taluni hanno voluto. È più degna di nota la distinzione delle ordalie secondo il fine cui sono dirette, secondochè cioè si tratta di provare la colpevolezza o l'innocenza di un accusato, o di scoprire il colpevole ignoto. In questo secondo caso abbiamo un mezzo d'inquisizione: ciò nondimeno il concetto fondamentale resta invariato, per cui non occorre dilungarci maggiormente su questo punto.

2. — Si disputò già a lungo sulla patria del giudizio di Dio, e specialmente del duello, facendolo nascere ora fra i popoli germanici, ora fra gli slavi, ora fra i greci, nè mancò chi ne disse l'origine nascosta nel pozzo di Democrito (1): dopochè però si conobbero le ordalie indiane, e si diffuse l'ipotesi della comunanza di razza dei popoli così detti Indogermanici, si cercò nell'India la soluzione di questa, come di tante altre questioni, errore ripetuto ancora dal Thonissen (2). Si volle inoltre spiegare i giudizi di Dio, specialmente dallo studio della civiltà germanica, e nacquero così numerose ipotesi, in cui se ne fraintende lo spirito. Parmi per contro che l'ordalia sia il portato necessario di certe condizioni individuali e sociali, comuni nell'infanzia dell'umanità a tutti i popoli, e che perciò solo nello studio dell'uomo e delle società primitive se ne possa trovare la spiegazione e la giustificazione.

Ciò posto, appare necessario esporre in primo luogo quali fossero queste condizioni, da cui nacque l'istituzione da noi presa a studiare. Sorvolando perciò su quanto non serve al caso nostro, osserviamo che l'uomo primitivo ancora non aveva tratta dal confronto delle esperienze la nozione d'un ordine costante fra

(1) Vedi in generale tutti gli autori meno recenti; in specie Maier e Gerhard.

(2) Op. c., I, 31. Anche WAITZ, I, 461, erroneamente ritiene che il concetto primitivo dell'ordalia si debba ricercare nell'India, dove la prova divina è ammessa solo in mancanza di prove umane.

i fenomeni, donde la mancanza dei concetti di irrazionale e d'assurdo, e perciò una credulità straordinaria (1).

Lo Spencer parla anche della mancanza d'ogni *idea di relazione causale* (2), e così pure d'ogni curiosità, il che ci pare veramente più difficile ad ammettere. Accordiamo facilmente che non si avesse la *concezione di relazione causale astratta*, perchè anche oggigiorno il selvaggio si dimostra inetto a concepire idee astratte; ciò però non implica che nei singoli casi mancasse l'idea di relazione causale, senza la quale non è possibile esistenza diversa dalla ferina. Nè manca forse la curiosità, ma piuttosto si trova subito il mezzo d'appagarla, laonde fu detto che se fosse vero il noto adagio: *Felix qui potuit rerum cognoscere causas*, niuno sarebbe più felice del selvaggio e dell'uomo primitivo, privo affatto della facoltà critica che gli impedisca di dare oggettività alle creazioni soggettive, e che perciò trova facilmente la spiegazione d'ogni fenomeno in esseri immaginari, parto della sua fantasia.

Tutto ciò ci spiega come appunto in conseguenza dell'idea di relazione causale (3), nasca spontaneamente la credenza in un mondo di esseri soprannaturali, che producono i fenomeni, di cui non siconosce altra causa, e quindi, prescindendo anche da ogni altra ragione, è assai poco probabile l'opinione di chi crede che anche oggidì vi siano popoli senza religione (4); chè anzi sa-

(1) Cfr. su questo fenomeno ed in generale sulle condizioni intellettuali e morali dell'uomo primitivo SPENCER, *Princ. de psychol.*, II, cap. 3, p. 542 e seq. *Princ. de sociol.*, I, cap. 6 e seq.

(2) *Princ. de sociol.*, I, § 44, p. 127 e seq. — Cfr. MARSELLI, *Le origini dell'umanità*, p. 120-121.

(3) GIRARD DE RIALLE, p. 10, definì la religione un'aspirazione ad interpretare l'universo. Certo questa definizione non è completa, forse è anche inesatta se si prende la parola aspirazione nel suo significato proprio. Ad ogni modo vi è in essa molto di vero. Per concetti analoghi cfr. ZELLER, *Philos. de Grecs*, 1877, p. 49, in CARLE, *Vita del diritto*, p. 37.

(4) Così LUBBOOK, *Tempi preist.*, 564. *Orig. dell'inciv.*, 138. — BROCA, *Bulletin de la Soc. d'Anthropol.*, 1866, p. 53. — DARWIN, LIVINGSTONE, BURTON (cit. in RÉVILLE, *Les religions, etc.*, I, 10 e seq.). — SPENCER, *Ist. eccles.*, p. 2 e seq.

Vedi per contro TIELE, p. 7-8. — TYLOR, I, 483 e seq. — MAX. MÜLLER, *Origine*, p. 73. — SCHNEIDER, II, 347 e seq. — GIRARD DE RIALLE, I, 10. — RÉVILLE, O. C. I. C.

remmo tentati ad affermare con Max Müller, che la religione è tanto antica quanto il mondo, quale noi lo conosciamo (1).

La più antica forma di religione di cui abbiamo notizie, e che chiameremo con Tiele e Tylor animismo (2), ci è abbastanza rivelata dallo studio delle religioni dei popoli selvaggi (3). Essa consiste nella credenza in spiriti percorrenti la terra e l'aria, spesso in guerra fra di loro, e che spontaneamente, o costretti da scontri, si svelano all'uomo, entrano in lui per soccorrerlo o perderlo, parlano ed agiscono per suo mezzo. Questi spiriti, ci si perdoni l'apparente contraddizione, vengono però considerati come esseri materiali, che hanno peso, che lasciano l'impronta del loro corpo, che possono essere battuti, feriti, che hanno bisogno di cibo e bevande, che non differiscono insomma gran fatto dall'uomo (4). La teoria metafisica più recente dell'immaterialità non potrebbe essere concepita dal selvaggio e dall'uomo primitivo, la cui fantasia, come ebbe ad osservare lo Spencer, è eminentemente reminiscente non costruttiva (5).

Prolegom., p. 45. — WAITZ, *Anthrop.*, I, 322, seq. — ROSKOFF professore a Vienna nella sua opera *Das Religionswesen der rohesten Naturvölker*, Leipzig 1880 (cit. in Réville), esaminò ad una ad una le affermazioni di Lubbock su popoli selvaggi privi d'ogni idea religiosa, e le trovò tutte senza eccezione erronee. Le affermazioni di tal fatta, come osservò benissimo Tiele, riposano o su osservazioni inesatte, o più spesso ancora su vere confusioni d'idee, e possiamo aggiungere, su concetti aprioristici sulle religioni.

(1) *Origine*, p. 3.

(2) Altri invece la chiamano feticismo, e gli autori meno recenti, poco propriamente, politeismo.

(3) Sullo studio dei popoli selvaggi, come mezzo di giungere alla conoscenza delle condizioni dell'uomo primitivo, specialmente quanto alla religione, vedi TIELE, 9-11. — MAC LENNAN, *Primitive marriage*, 8. — BASTIAN, *Rechtsverhältnisse etc.*, VI. — MARSELLI, *Orig. dell'umanità*, 109, seq. — RÉVILLE, p. 6.

Contro MAX-MÜLLER, *Hist. des relig.*, p. 62, (per altro *Science de la relig.*, p. 20). — Cfr. BRUSA, *Nuovo positivismo nella giustizia penale*, 1888, p. 269. Giustamente osserva Bastian, che lo studio dei selvaggi ha per il sociologo l'importanza che ha per il naturalista lo studio delle crittogame, da cui viene a conoscere la vita delle cellule, e le leggi che la governano.

(4) TYLOR, I, 527-531.

(5) *Princ. de Psych.*, § 492. *Princ. de Sociol.*, § 47.

Ogni oggetto, ogni parte del regno della natura è, o può essere, dimora d'uno spirito e da questo deriva ogni sua qualità, di cui non si sappia trovare altra spiegazione più ovvia (1). Agenti soprannaturali sono causa del delirio, delle convulsioni, della pazzia, delle malattie, della morte; l'azione delle forze naturali non è necessaria, ma dipende esclusivamente dalla volontà di uno spirito; il fuoco brucia, perchè in esso vi è un essere che divora l'oggetto bruciato, il veleno uccide, il rimedio guarisce perchè con essi penetra nel corpo uno spirito, che produce la morte, o ne allontana un'altra causa della malattia, e così via dicendo.

Spencer e con lui parecchi altri scrittori (2) credono che la prima forma d'animismo fosse il culto dei morti, nato dopochè vari fenomeni naturali, fra cui le sincopi, il delirio, e specialmente i sogni colle loro visioni, fecero pensare ad una vita d'oltre tomba, in cui l'anima degli uomini, l'*ombra*, continuava le occupazioni della vita terrena con tutte le passioni e qualità proprie dei viventi.

Dal culto degli antenati sarebbero nati poscia, con successive trasformazioni, il culto degli animali, delle piante, degli astri,

(1) Insisto specialmente su questo punto, perchè di capitale importanza per ben intendere le varie ordalie. Per la prova di quanto qui si afferma ed in genere sul concetto della religione primitiva, oltre alle opere classiche di Tiele e Tylor, cfr. RÉVILLE, *Religions*, I, 94 e passim; — WAITZ, *Anthrop.*, I, 362-364; — LANG, *Customs and Myth.*, pag. 212-242. (*Fetichism and the infinite*); De BROSSES, *Culte des Dieux fétiches*, 1760 ed anche la *Storia naturale della religione di HUME*, (*Œuvr. Philos.*, trad. tomo III, 1788) quasi dimenticata, ma che mi pare notevolissima per il tempo in cui fu scritta.

Di fronte alla teoria animista, o feticista che dir si voglia, ora predominante, sta la teoria di M. Müller, la quale, sia detto con tutto il rispetto dovuto al suo illustre autore, mi pare difettosa nella base stessa, in quanto pone l'origine ed il *primum movens* d'ogni religione nella percezione dell'infinito, contro tutti i dati di fatto. (Cfr. *Origine*, 1.^a lezione; specialm., p. 35 e seq.). Quanto poi alla critica fatta alla teoria feticista (op. cit., 2.^a lezione), mi pare che M. Müller, dopo avere dimostrato l'errore di De Brosses, che diede alla parola *feticcio* un senso molto più ampio, di quanto lo avrebbe comportato l'etimologia (feticcio, fatto colle mani), combatta piuttosto il *feticismo* nel suo significato etimologico, che non in quello, in cui lo si intende ormai comunemente.

(2) Ad es. TYLOR e MARSHALL, *Origini*, p. 132.

il feticismo (nel suo senso ristretto) e perfino il politeismo. È perciò che Spencer (1) adduce come esempio insigne di popolo senza religione quella tribù del Nilo, il cui capo rispondeva a Sir Samuele Baker di non credere ad una esistenza futura dopo la morte.

Non ostante l'autorità incontestabile dello Spencer e dei suoi seguaci, mi pare però che la sua ipotesi pecchi per eccessivo e pericoloso esclusivismo. In vero non so comprendere perchè fenomeni naturali, che dovevano certo colpire vivamente l'uomo primitivo, come ad esempio i terremoti, le bufere, i fulmini, il tuono, non potessero far nascere in lui l'idea di esseri assai più potenti dell'uomo (2), contemporaneamente od anteriormente al formarsi della credenza nella vita d'oltre tomba.

Comunque ciò fosse, ammessa l'esistenza e la potenza degli spiriti, ed insieme i loro bisogni, era naturale il desiderio di propiziarsi o domarli, per avere in loro potenti ausiliarii. — Da questo nascono da una parte gli incantesimi, la magia (3), gli scongiuri e le altre pratiche affini, con cui si vuole costringere gli spiriti, dall'altra i sacrifici, i doni, le preghiere con cui si vuole renderli propizii.

Essi infatti non si preoccupano punto delle qualità morali dei loro cultori, ma al pari degli uomini, la cui immaginazione li ha creati, non sono mossi che dai sentimenti egoistici del timore e dell'utile (4).

(1) *Istituz. eccles.*, p. 3 e seq.

(2) Cfr. Vico, 2^a *Scienza Nuova*, libro II. *Della metafisica poetica* (op., vol. v, p. 97). Spencer è del resto logico nel non porre in questi fenomeni naturali l'origine della credenza negli spiriti, negando egli, come si disse, l'esistenza dell'idea di relazione causale.

(3) TIELE, p. 13. « L'enchantement ou la magie règnent là où le but du culte » n'est pas d'adorer les esprits, mais particulièrement de se rendre maître » d'eux..... » Cfr. RÉVILLE, *Religions*, I, 13-14.

(4) La religione non ha dunque in origine alcun rapporto colla morale. Vedi TIELE, p. 114. (Cf. 118, 212). — RÉVILLE, I, 118. — TYLOR, II, 459, 464-66, I, 495. — LUBBOCK, *Orig. inciv.*, 657. — WAITZ, I, 324. « Chez les Tahitiens, scrive SPENCER, (*Princ. de sociol.*, I, 272), les seuls crimes, qui attiraient le déplaisir de leurs

Abbiamo fin qui parlato solo delle condizioni individuali dell'uomo primitivo, fermandoci naturalmente di preferenza su quelle che giustificano e spiegano l'origine delle ordalie, e quindi in ispecial modo sulle credenze religiose.

Per quanto però noi risaliamo col pensiero alle epoche più remote, sempre ci appare l'uomo in società, unito con altri suoi simili pei bisogni della difesa e dell'offesa (1). Si disputa bensì vivamente sulla natura di queste società primitive. Come è noto, due teorie dividono il mondo scientifico, quella cioè del gruppo patriarcale sostenuta specialmente da Sumner Maine, che paragona la famiglia primitiva a quella dell'animale feroce nel suo cavo, e quella della così detta *orda*, che conta valenti e assai numerosi sostenitori, e pare vada sempre più acquistando terreno (2). Se infatti, come molti pretendono, si deve ammettere

divinités étaient la négligence de certains rites ou cérémonies, ou la négligence à fournir les sacrifices requis ».

Così nelle religioni dei popoli selvaggi si vede meglio come il culto nasca da un sentimento egoistico, ed attui (come osservò, se non erro, Leist) il principio del *do ut des*. Il dire che la religione non ha in un dato periodo rapporti colla morale, non implica del resto la negazione del senso e della regola morale. (Cfr. TYLOR, l. c. I, 495).

(1) CARLE, *Vita del Diritto*, p. 2 seq. Si può infatti affermare che l'uomo, « il quale al pari degli altri animali si aggirava per le foreste, senza linguaggio, senza esperienza, senza provvidenza, privo d'ogni idea di esseri superiori, guidato solo dagli istinti di natura » (WESTROFF, p. 3), si deve in qualche modo paragonare a quegli esseri, che, secondo la teoria evoluzionista, hanno formato l'anello di congiunzione fra vari regni della natura, ma di cui non resta traccia.

(2) La teoria del gruppo patriarcale si può dire sia seguita in fondo anche da Lebon e Letourneau. Anche recentemente questi, nella sua *Évolution du mariage*, Paris 1888, p. 46 seq., nega recisamente la possibilità d'una promiscuità primitiva generale.

I sostenitori della teoria dell'orda, Bachofen, M. Lennam, Morgan, Spencer, Lubbock, Giraud-Teulon, Schäffle, Post, Dargun, discordan poi moltissimo fra di loro nel descrivere i vari stadi di transizione dall'orda al gruppo patriarcale. Pare però che incontri ora molto favore la teoria di M. Lennam. Cfr. LANG, *Custom and Myth*, p. 245-275 (*The early history of the family*), il quale confronta con essa la teoria di S. Maine, o meglio risponde a parecchie obiezioni di quest'ultimo: G. L. GOMME, *On the evidence for M. LENNAM'S Theory of the primitive human horde. Journ. of the Anthropol. Instit.*, no-

la promiscuità primitiva nei rapporti sessuali, l'origine dell'orda è razionalmente spiegata dall'associazione della donna e dei suoi figliuoli; nè parmi che la teoria cada necessariamente, quando si riesca a provare che questa promiscuità è inammissibile. Ciò del resto ha poca importanza per il nostro argomento. Qualunque fosse questo gruppo primitivo, non doveva mancare un potere sociale, confuso ancora in parte colla forza, e che dirigesse ad un fine comune gli sforzi individuali; per la sua natura stessa questo potere risiederà molto probabilmente nell'insieme di coloro che costituiscono la forza del gruppo, cioè negli uomini capaci di portare le armi, e mentre si esplicherà con estrema violenza contro chi leda gli interessi dell'intera comunanza, ed ecciti i sentimenti di vendetta o timore in tutti i suoi membri, poco o punto si farà valere nelle controversie private, che interessano solo le parti, le quali le risolvono esse stesse colla forza, o di comune accordo ne rimettono ad arbitri la decisione. Chiunque contro il volere di una delle parti si intromette, non è giudice ma parte egli stesso, e quando molti si schierino così coll'uno o l'altro dei contendenti, si potrà avere una guerra privata, ma certo mai un giudizio.

Il numero dei fatti che ledono l'intera comunanza doveva, per la natura stessa delle cose, essere assai ristretto: essi possono raggrupparsi in due categorie, tradimento e reati di religione. Questi ultimi sono i più numerosi, e quelli anche oggidì più temuti da tutti i popoli selvaggi (1). Quando infatti un membro del gruppo attiri in qualsiasi modo volontariamente, od involontariamente, la collera divina sui suoi compagni, è naturale che

vembre 1887. E. B. TYLOR, *On a Method of Investig. the Develop. of Instit., applied to Laws of Marriage, etc. Journ. cit.* Febbraio 1889.

Fra i precursori di queste teorie, tralasciando i più noti, piacemi ricordare Hobbes, che più specialmente può dirsi il padre della teoria del matriarcato o ginaicocrazia, che dir si voglia (*De cive*, cap. ix, 2-3). « Manifestum autem » est eum qui modo nascitur, prius esse in potestate matris, quam cuiusquam » alterius.... adde quod in statu naturæ sciri non potest cuius patris filius est, » nisi iudicio matris... Originale igitur in liberos dominium, matris est etc. ».

(1) Cfr. ad es. v. MARTIUS, *Rechtszustand unter den Ureinw. Brasiliens*. München 1832, p. 32.

il desiderio della vendetta o la paura tengano luogo del sentimento di giustizia, e che ciascuno sia interessato alla punizione del colpevole. È perciò che nel Medio Evo ed anche posteriormente, i pratici insegnavano che si punisce il sacrilegio con pene gravissime, perchè da esso sono causati i terremoti, le tempeste e le carestie (1). Così in tempi e condizioni di civiltà diversissime, eguali cause producono eguali fenomeni giuridici e sociali.

3. — Quanto abbiamo fin qui detto sulle condizioni dell'uomo e delle società primitive, ci permette, se io non erro, di ricostruire con sufficiente certezza, l'origine ed il processo con cui si svolsero le varie forme di giudizio di Dio.

Supponiamo infatti a mo' d'esempio che una malattia, od un'altra calamità, venisse a colpire un individuo od un intiero gruppo; data la credenza che le malattie e la morte non fossero naturali, ma bensì prodotte dagli spiriti, era logico ricercare, che cosa aveva potuto indurli ad usare il loro temuto potere. La risposta non poteva essere dubbia. O lo spirito si vendicava per qualche offesa ricevuta, e solo la punizione del colpevole poteva placarlo, o v'era chi con scongiuri ed arti magiche aveva saputo costringerlo a danneggiare il gruppo o l'individuo. In entrambi i casi era suprema ed urgente necessità scoprire il colpevole affinché il suo supplizio placasse la divinità, o liberasse i suoi compagni da un terribile nemico.

Le prove di quanto ora abbiamo affermato sovrabbondano. Anche oggi giorno sono numerosissimi i popoli selvaggi dell'America, dell'Africa, dell'Australia, i quali credono che ogni morte non violenta sia prodotta da stregoneccio (2), per cui, ad esempio, si giunse fino ad affermare che la credenza negli stregoni abbia fatte nell'Africa occidentale più vittime, che non la tratta degli schiavi.

Per citare poi esempi tratti da civiltà incomparabilmente superiori, vediamo che, quantunque gli eroi d'Omero affettino già

(1) « Et est ratio quia per hoc fames et tempestates et terremotus adveniunt ». BONIF. DE VITALINIS, *Tract. div. sup. Malef.* Lugduni 1555, p. 384. Cfr. DAMHOUDER, *Praxis rer. crim. Antro.*, 1562, cap. 96, pag. 284.

(2) TYLOR, I, 164, II, 163. — POST, *Afrikanische Jurisprudenz*, 1887, II, 146 seq. — SCHNEIDER, I, 217 seq.

di prestar ben poca fede agli indovini ed alle pratiche divinatorie, pure ogni qualvolta una pubblica calamità colpisca improvvisamente i Greci, siano ad esempio i venti contrari, od inferisca la peste nel campo, nasce subito il bisogno di conoscere chi ha offesa la divinità, e come convenga placarla. E quando il sacerdote abbia svelato il volere divino, niuno, qualunque siasi il suo grado, osa apertamente ribellarvisi, trattisi anche del sacrificio della figlia o delle cose più care.

Anche presso gli Ebrei potremmo trovare parecchi esempi, ma per non essere poi costretti a ripetizioni, ci basti accennare al fatto di Saulle, che, in guerra coi Filistei, non ottenendo da Dio risposta alle sue domande, convoca immediatamente i capi del popolo affinchè si ricerchi chi ha peccato (1).

Ora, poichè ogni calamità si considerava come effetto della colera divina, e conveniva scoprire il colpevole, doveva parere la cosa la più naturale ad uomini fra cui erano abituali le pratiche magiche e gli incantesimi, ricorrere agli spiriti anche per questo, non perchè si riputassero custodi della giustizia, ma perchè si credeva di poterli costringere con scongiuri, o si rivolgeva la domanda allo spirito offeso, in cui si supponeva vivo il desiderio di vendetta.

L'ordalia è quindi una domanda fatta agli spiriti in certe condizioni e con formalità tali, da indurli o costringerli a rispondere nel modo loro prefisso.

Le forme sono parecchie, e non è qui il luogo di enunciarle, solo ricorderemo le principali raggruppate in categorie.

In primo luogo parecchie forme di giudizio di Dio nascono dall'uso di ricorrere allo spirito dell'ucciso, perchè desideroso di vendetta scopra colui che è causa della morte (2). Se si ammette

(1) SAMUELE, I, XIV, 36-43.

(2) La vendetta dei morti è infatti così temuta dai selvaggi, che in alcune tribù è quasi sconosciuto l'omicidio. (Così presso i Sioux. SCHOOLCRAFT, *Indian Tribes*, II, 195, in Tylor II, 145). Più generalmente invece si mutila l'ucciso per renderlo impotente alla vendetta. TYLOR, I, 523 seq. — RÉVILLE, II, 157. — LAPITEAU, *Mœurs des sauvages américains*, 1724, I, 488. Quanto sia frequente il ricorrere dei selvaggi ai morti per averne oracoli, e le cause si possono vedere in TYLOR, II, 196 e passim.

che forma primordiale d'ogni religione sia il culto dei morti, si deve anche concedere che queste specie d'ordalie siano le più antiche; ma esse si conservarono a lungo anche dopo scomparse le condizioni religiose che le avevano prodotte, e le ritroviamo ancora nel *iudicium feretri*, che come vedremo, conservò in alcune parti d'Europa il carattere di vero giudizio di Dio fino al XVIII secolo.

Antichissimo deve essere pure l'uso di far bere all'accusato l'acqua in cui si è lavato un feticcio.

Questa usanza, che mal si spiega colle istituzioni religiose dell'India, in cui la troviamo ancora appena trasformata, ha invece piena ragione d'essere nelle religioni animiste, per le quali gli spiriti possono penetrare nel corpo dell'uomo per ogni condotto naturale, producendo poi a seconda dei casi le malattie o la morte, se egli ne ha eccitata la collera, e rendendo per sua bocca oracoli, e comunicandogli il loro potere, se vogliono favorirlo (1).

Identico principio spiega le prove del veleno, e probabilmente anche altre prove di cui abbiamo esempi nell'ordalia del riso usata nell'India, e nel *iudicium offæ* del Medio Evo.

La più antica prova dell'acqua fredda, che troviamo usata anche come auspicio e come oracolo, pare quella in cui si crede che essa non accoglierà il colpevole. Se ne potrebbe forse trovare l'origine nelle pratiche lustrali; ad ogni modo si noti che essa non è conosciuta da molte popolazioni selvaggie.

La prova del fuoco, che nelle sue varie forme è la più diffusa, è spiegata dall'osservazione fatta sopra, che cioè si vedeva nel fuoco un essere cosciente, che divora l'oggetto bruciato. Da questa prova ne nascono poi varie altre, che si raggruppano intorno ad essa come intorno ad un tipo; così l'acqua e l'olio bollente, il piombo fuso, il ferro infuocato e via dicendo.

Le prove che consistono nell'esperre l'accusato ad animali feroci, ricordano naturalmente il culto degli animali (2).

(1) Per questa affermazione, e per quanto dirò in seguito mi richiamo sempre agli autori citati sopra, pag. 7, n. 1.

(2) In seguito gli animali, specialmente i più feroci, sono considerati come rappresentanti della divinità, come agenti che ne eseguiscano gli ordini.

Il ricorrere a stregoni per scoprire il colpevole suppone l'uso che divenne poi comunissimo, di procurarsi artificialmente con droghe, col digiuno od in altro modo, stati morbosi ed allucinazioni, che passavano per casi di possessione spiritica (1).

Oltre che alle ordalie, si può ricorrere per ottenere la punizione del colpevole anche agli scongiuri ed alle imprecazioni, che incutono nel selvaggio un vero terrore (2). Si domanda allora alla divinità non di scoprire il colpevole, ma di punirlo essa stessa.

Vedremo di ciò curiosi esempi presso i popoli selvaggi. La formola d'imprecazione poteva farsi pronunciare anche da colui che si sospettava colpevole, ed abbiamo allora una specie di giuramento di purgazione, che si distingue dal *iuramentum purgationis* germanico dell'epoca storica per la fede nell'immediata punizione del colpevole.

Finchè questa dura, si può anzi, nonostante la leggera differenza accennata, confondere l'imprecazione ed il giuramento colle ordalie. Tanto è ciò vero, che la stessa parola significa presso alcuni popoli, come gli Indiani e gli Arabi, giuramento ed ordalia (3).

Il processo per cui in seguito il giuramento si staccò dai giudizi di Dio, può essere stato questo. Dapprima venne meno la fede nell'immediata punizione dello spergiuro, e si tenne il giudizio in sospenso, o si pronunciò provvisoriamente la sentenza,

(1) I vari mezzi usati a tale scopo, specialmente presso i selvaggi, sono descritti a lungo in TYLOR, II, 527 seq.

(2) Fra gli antichi vanno qui ricordati specialmente i Caldei. Gli effetti terribili che essi attribuivano all'imprecazione sono a lungo descritti in un'iscrizione tradotta da LENORMANT, *Magie chez les Chaldéens*, 1874, p. 59). « La formule im- » précatrice, aggiunge egli, ne déchaîne pas seulement les démons: elle agit » sur les Dieux eux-mêmes et enchainent leur action à ses paroles, la tourne » au mal: elle commande au Dieu attaché à chaque homme... et de protecteur » le change en ennemi malfaisant ». Cfr. anche il codice di MANU, IX, 312. Presso i popoli selvaggi talora il ladro ammala, e restituisce il rubato, per timore delle operazioni magiche del leso. SCHNEIDER, I, 223-224.

(3) TAMASSIA, *Affratellamento*, 1886, p. 18. Sulle imprecazioni che accompagnano il giuramento, cfr. POST, *Grundlagen*, p. 442. Sull'evoluzione del giuramento KOHLER, in *Zeitschr. für vergl. Rechtsw.* v, 1884, p. 461, n. 3.

salvo a riformarla, se accadesse all'accusato la sventura che si era imprecata: così è ancora oggi presso i Samoiedi. In seguito il giuramento bastò a purgare definitivamente l'accusato, ma il popolo continuò a credere ai castighi, che colpiscono anche in questa vita lo spergiuro, e spesso il terrore di questi castighi potè forse servire di sufficiente garanzia della veracità del giuramento. Così era nel Medio Evo, e forse è in parte anche oggi (1).

4. — Sin qui abbiamo parlato solo incidentalmente del duello, affermando però che non v'è ragione per staccarlo dalle altre ordalie, e farne una istituzione a parte.

L'opinione contraria fu vivacemente sostenuta da parecchi, quasi sempre però nel campo del diritto germanico. Solo Königs-warter credette di poter ripetere, generalizzandole, le osservazioni fatte specialmente da Rogge e Unger per il diritto germanico. Senonchè, queste, che sono già assolutamente false in questo campo ristretto, diventano assurde, quando si voglia innalzarle a principî generali.

È perciò che, rimandandone la confutazione ai capitoli seguenti, in cui si tratterà dell'ordalia presso i Germani, ci basterà per ora osservare, come il Königs-warter abbia resa addirittura insostenibile la sua tesi, riconoscendo che il duello non solo serviva come mezzo di prova, ma era anche considerato come giudizio di Dio (2). Ora qui non si può distinguere fra l'essere considerato e l'essere realmente.

Non appena il duello, come afferma l'autore citato (2), con parole poco esatte, «viene a riattaccarsi all'idea fondamentale e profonda, che è l'origine degli auspicî, degli oracoli e delle ordalie, all'idea cioè d'invocare le forze sovrumane, che guidano il mondo per adorare, ricercare ed attestare la verità», esso diventa giudizio di Dio, nè si può più dire che sia solo «una forma più ristretta e meno barbara della vendetta individuale», «che

(1) GREGORIO DI TOURS nel suo libro, *In gloria martyrum*, c. 49, (*Miracul. lib. 1^a. Opp. P. II. 500. Mon. Germ. Histor., SS. rer. Meroving.*, tom. 1, 1884-85), ricorda una credenza, di cui si hanno parecchie tracce nel medio evo, secondo la quale lo spergiuro morrebbe entro l'anno; questa superstizione si conserva ancora abbastanza viva in alcune parti del Piemonte.

(2) KÖNIGSW., Op. cit., 1849, III, 344.

nasca dal desiderio della vendetta, dal desiderio di farsi giustizia di propria mano (1) ». Fra le due affermazioni vi è patente contraddizione. Certamente il duello dovette nascere dalla difesa privata del diritto (2), ma non divenne mezzo di prova e giudizio di Dio, se non quando, in tempo relativamente posteriore, si introdusse la credenza che nell'esito della lotta iniziata con certi riti ed invocazioni solenni, si manifestasse la decisione della divinità. È perciò, che mentre la vendetta privata, e la privata difesa del diritto, succeduti alla lotta brutale di tutti contro tutti (3), sono fenomeni generali, e si riscontrano quindi presso tutti i popoli in un determinato stadio della loro evoluzione, il duello giudiziario non si trova se non presso alcuni popoli, in cui speciali condizioni di civiltà fecero forse nascere dalla privata violenza questa forma di giudizio di Dio, altrove sconosciuta.

Con ciò non intendo punto dire che nel duello giudiziario non restino più tracce del suo antico carattere di violenza e difesa individuale del diritto, ma solo che in esso predomina essenzialmente la fede nell'intervento divino, precisamente come nelle altre ordalie.

5. — Esposto così quale fosse, a parer nostro, l'origine e la natura primitiva del giudizio di Dio, quali le sue forme principali, esaminiamo ora brevemente alcune fra le tante ipotesi sorte in proposito, cogliendo intanto l'occasione per meglio illustrare alcuni concetti finora solo enunciati.

Vico, che primo forse ebbe un'idea alquanto esatta del diritto primitivo, specialmente sul duello, espresse concetti degnissimi di nota, che solo per essere sparsi nelle varie sue opere (4), e

(1) Op. cit., 1850, I, 32.

(2) Cfr. DUOLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*. Nouv. Rev. Hist., XIII (1889, n. 2°), pag. 177 seq. specialm. 179.

(3) DE NADAILLAC, *Mœurs et monum. des peuples prehistor.*, 1888, p. 201-202.

(4) *De constantia iurispr. pars post.* cap. XX (verso il fine, op. III, 230-231). — *De universi iuris uno princ.*, cap. C. n. 4. (op. II, 78, 193). — *Prima scienza nuova*, II, 27 (op. IV, 54), II, 40 (op. I. c., p. 67). — *Seconda scienza nuova*, (op. V, 284-290).

per il carattere particolare del suo stile, appaiono talora più che non siano poco armonizzanti fra di loro.

Vico prende per punto di partenza la difesa privata del diritto, cioè le lotte private, cui dà il nome di duelli, *quia inter duos, nam si fuisset tertius, nempe... Magistratus... fuissent iudicia*. Di questa specie di duelli è detto che sono *omni alio iure antiquiora*, non giudizi, ma *specimen futurorum iudiciorum*, e che il loro concetto fondamentale è questo: *privatas res cuique privata virtute servandas esse*. In seguito il duello si trasformò alquanto, e divenne *giudizio divino*, prima forma di giudizio, « in cui i padri di famiglia si richiamavano agli Dei dei torti, che erano stati loro fatti » e predominava il concetto che « la giustizia o l'ingiustizia degli uomini si dimostri dall'aver essi propizi o pur contrari gli Dei ». Anche qui però il duello non è mezzo di prova, ma fu introdotto per *difetto di leggi giudiziarie* e tien luogo di un giudizio.

Le altre forme d'ordalia sono appena ricordate; per mezzo di esse *homines Deum adibant iudicem, divinumque iudicium eventus fortuna expectabant, quod satis docet ipsos barbaros in statu exlegi ad Dei regimen ut sociabiliter vivant, naturæ sponte confugere*.

Ricapitolando, Vico riconosce una prima forma di duello, lotta privata senza idea d'intervento divino; questa si trasforma e si giunge fino a credere che l'esito dipenda dall'aver favorevoli o contrari gli Dei, ed indichi quindi la giustizia od ingiustizia della causa. Restava a fare un ultimo passo, mostrando come questa seconda forma di duello si cambi in un mezzo di prova e possa quindi essere adottata nei tribunali, e Vico non lo fece.

Quanto alle altre ordalie, il nostro filosofo ne fa un'istituzione propria del regime teocratico, nel senso speciale da lui dato alla parola, ciò che è logico nel suo sistema, ma inammissibile data l'origine delle ordalie, quale noi l'abbiamo congetturata nelle religioni animiste, ed indipendentemente da ogni concetto della divinità, vindice del diritto.

Coll'idea di Vico ora ricordata ha qualche punto di contatto quanto scrive Königswarter, il quale spiega in poche parole l'o-

rigine dei giudizi di Dio, per il *bisogno innato all'uomo, di ricorrere ad una forza soprannaturale, ad un essere sovrumano, nella sua gioia come nelle sue pene, nelle sue vaghe aspirazioni verso l'avvenire come nei suoi dubbi sul presente e il passato* (1), bisogno che spiegherebbe pure, secondo lui, l'origine delle religioni, degli auspicî e degli oracoli. Per altro l'esistenza di questo sentimento religioso innato è ben lontano dall'essere oggi generalmente accolta, che anzi coloro stessi, i quali non ammettono popoli senza religione, come ad es. Tylor (2), non esitano però nel chiamare *folia* il proclamare la credenza religiosa istintiva ed ingenita nell'uomo. Ma comunque altri possa pensare su questo argomento, mi pare di poter affermare che il sentimento religioso, questo bisogno di ricorrere alla divinità, dato che esso sia veramente istintivo, non può bastare a spiegare i giudizi di Dio, che hanno origine dalle idee e credenze religiose, non dal sentimento.

Anche lo Schäffle (3) nel descrivere l'evoluzione della giustizia si accosta apparentemente assai a Vico. Egli scrive: « Certo alla vera tutela del diritto s'arriva solo lentamente. Il punto di partenza nella storia dei giudizi è l'azione riflessa degli affetti, l'esercizio della vendetta. Viene in seguito il duello giudiziario, nel quale la stessa sentenza ha per base la forza. Poi sotto l'influsso delle idee religiose sciamanistiche, il giudizio è per lungo tempo commesso all'evento delle ordalie ed all'arbitrio sacerdotale, da cui queste erano ordinate ».

Se non erro, questo punto contiene gravi inesattezze. Non si capisce come la vendetta privata, cui certamente accenna l'autore, possa porsi come punto di partenza nella storia dei giudizi, mentre vendetta privata e giudizio paiono cose diametralmente opposte. Che se si volesse intendere vendetta limitata, ed esercitata per autorità pubblica, una specie di talione, il secondo periodo, in cui la sentenza ha per base la forza, segnerebbe un

(1) Op. cit., 1850, I, p. 6.

(2) TYLOR, I, 492. — Cfr. RÉVILLE, I, 10.

(3) *Struttura e vita etc.*, p. 819. — Cfr. per idee in parte analoghe MUIRHEAD, *Histor. Introd. to the priv. Law of Rome*. 1886, p. 192.

immenso regresso in paragone del primo, e questa non è certo l'intenzione dello Schaffle.

Inoltre non pare cosa ammissibile che, in un tempo in cui vi erano giudici e si pronunciavano sentenze, la forza si confondesse tanto col diritto, da servire di criterio per decidere nelle controversie giuridiche, che essa fosse insomma una forma, sia pure rudimentale, dell'evoluzione giuridica (1).

Se mai in qualche tempo l'uomo più forte fu reputato anche il più virtuoso, ciò nacque dall'idea che la forza fosse un dono degli Dei che provava la virtù di chi lo aveva meritato, ma in questo caso la forza è prova del diritto e non si confonde con esso (2).

Per venire a ciò che più direttamente ci riguarda, io non credo punto necessarie le idee religiose sciamanistiche a spiegare i giudizi di Dio, che anzi meglio servono, se non erro, le religioni animiste o feticiste, che dir si vogliano.

Infatti, anche ammettendo che lo *sciamanismo*, così detto dai sacerdoti o stregoni della Siberia, sia succeduto, o debba succedere necessariamente al feticismo, sia cioè un gradino necessario nell'evoluzione religiosa, parmi si debba ritenere che quanto più le divinità sono vicine all'uomo, e di natura analoga alla sua, tanto più riesce facile spiegare il loro intervento necessario e costante nelle azioni umane, e soprattutto quella specie di coazione che gli uomini credevano originariamente di eser-

(1) CARLE, *Vita del Diritto*, p. 38 seq. — *Origini*, p. 120, n. 2 contro Zocco ROSA, *Preistoria del Diritto*, 1885, p. 31; e PUGLIA, *Evoluzione storica e scientifica del Diritto ecc.*, p. 42, nota.

(2) Ciò sia detto anche per la teoria veramente alquanto puerile di Montesquieu, il quale crede che il duello fosse in qualche modo basato sull'*esperienza*, poichè in una nazione guerriera la virtù suppone altri vizi e di più i delitti veramente odiosi sono quelli che nascono « *de la fourberie, de la finesse et de la ruse, c'est-à-dire de la poltronnerie*. Questa ipotesi diventa addirittura ridicola quando sia estesa alle prove del fuoco e dell'acqua bollente, come lo è dal Montesquieu: «qui ne voit que chez un peuple exercé à manier des armes, la peau rude et caleuse ne devait pas recevoir assez l'impression du fer chaud, ou de l'eau bouillante, pour qu'il y parut trois jours après? Et s'il y paraissait c'était un marque que celui qui faisait l'épreuve était un efféminé ». *De l'esprit des Loix*, Genève 1749. Liv. 28, Chap. xvii.

citare su di esse nelle pratiche magiche ed in generale sempre quando si rivolgevano a loro per averne una risposta.

Ora lo sciamanismo sarebbe una religione, in cui le divinità superiori sono molto più potenti dell'uomo e di natura differente, abitanti per di più in luoghi molto lontani dalla terra ed accessibili solo agli sciamani (1).

A questo argomento, che possiam dire aprioristico, dobbiamo aggiungere che le ordalie si ritrovano, come vedremo, presso popoli selvaggi che non uscirono ancora dal più basso animismo, e ciò è la migliore confutazione dell'ipotesi dello Schäffle.

Pare da ultimo che questi faccia dipendere l'esito delle ordalie dalla frode dei sacerdoti che le dirigevano, tesi questa assai comune, ma che non possiamo accettare per la quasi generalità dei casi. Avremo occasione di ritornare su questo argomento anche a proposito del clero cristiano, contro cui molti lanciarono consimili accuse, mentre altri parlano di *pie frodi* per salvare gli innocenti: notiamo però fin d'ora l'impossibilità di tener nascoste queste pretese frodi per tanti secoli e specialmente dove il sacerdozio non è monopolio d'una casta.

Ciò che rese possibili le ordalie fu la fede, che fa realmente miracoli; in seguito poi anche la forza grandissima della consuetudine, ed è inutile arrovellarsi a cercare altre spiegazioni più o meno inverosimili.

Si potrebbe ancora citare parecchie teorie sull'origine e la natura dei giudizi di Dio, ma per non dilungarci troppo, limitiamoci a due che ci danno agio d'insistere sopra punti molto importanti.

Réville, il quale ammette che la religione non avesse in origine alcun rapporto colla morale, crede però che le ordalie si fondino sopra un certo sentimento dell'ordine morale e dimostrino la fede in un ideale di giustizia (2).

(1) LUBBOCK, *Origini*, p. 552 Il Lubbock è fra i pochi autori che considerano lo sciamanismo come stadio religioso comune a tutti i popoli, giunti ad un certo grado di civiltà.

(2) RÉVILLE, *Religions*, I, 103-104.

È questa del resto l'opinione prevalente, nè so che essa abbia trovato contraddittori. Pure, richiamandomi alla definizione data in principio di questa introduzione, parmi si debba chiamare ordalia ogni pratica con cui si può ottenere risposta dalla divinità o dagli spiriti sopra una questione giuridica, qualunque sia il motivo che li fa agire. Ogni distinzione riuscirebbe infatti difficilissima a stabilirsi, e per di più affatto arbitraria. Ciò posto, se, come ebbe a dirlo il Tiele, scopo delle religioni animiste è quello di rendersi padroni degli spiriti; non è improbabile che si sia ricorso ad essi, anche indipendentemente da ogni *sentimento* d'ordine morale, e da ogni fede nella loro giustizia, cioè prima che l'elemento morale penetrasse nelle religioni. Lo prova ad evidenza l'esempio dei popoli selvaggi.

Vedremo infatti nel prossimo capitolo come si ritrovi anche oggi l'uso delle ordalie, presso i selvaggi di tutte le razze, benchè, taluni in ispecie, senza alcun dubbio non siano ancora giunti a tal grado di civiltà da considerare la divinità come vindice del diritto.

Mentre Réville spiega l'ordalia con ciò che vi ha di più nobile nelle religioni, altri, come Wuttke, la considera, insieme agli auspicî, come *conseguenza di un'oscura idea fatalistica, la quale, in contraddizione colla stessa religione, resta all'infuori di essa* (1).

Quest'opinione, se io non erro, è assolutamente da rigettarsi, e nacque forse dalla considerazione di certe pratiche superstiziose, che si conservarono come sopravvivenze di civiltà passata, e di cui, per la lunga evoluzione cui furono soggette, si è perduto il concetto primitivo. Infatti l'idea fatalistica (2), e la contraddizione fra essa e la religione non mi paiono compatibili colla mente limitata degli uomini primitivi. È poi molto più logico dire che la contraddizione fra certe pratiche e le credenze religiose sia nata in epoca molto posteriore, in cui le

(1) WUTTKE, *Gesch. des Heidenth.* in WALTZ, I, 461.

(2) Il concetto fatalistico non si trova neppure, a quanto pare, presso gli antichi Indiani. LUDWIG, *Philos. und relig. Anschauungen des Veda*, 1875, p. 21.

religioni erano immensamente progredite, ma accanto ad esse rimanevano ancora i ruderi delle civiltà antiche, e le sopravvivenze delle superstizioni scomparse (1).

Ricapitolando quanto abbiamo fin qui detto, possiamo dunque affermare che le ordalie si spiegano meglio che con ogni altro sistema, colle forme religiose più basse e rudimentali, e perciò appunto si debbono dire antiche quanto la religione, ed universali come essa.

6. — Sorte così colla religione, le ordalie ne seguono per gran tempo l'evoluzione. Di capitale importanza dovette essere specialmente l'introdursi dell'elemento morale nella religione, poichè si veniva con questo a cambiare interamente anche il concetto d'ordalia.

Fin dal tempo delle religioni animiste potevano usarsi, ad esempio nello stipulare i contratti, cerimonie e scongiuri che attirassero la collera degli spiriti su chi li avesse violati. Di quest'uso, conservatosi a lungo abbiamo ancora un esempio in tutti i più antichi contratti assiri, che risalgono a circa dodici secoli avanti Cristo. La morale era ancora troppo bambina, il senso del dovere troppo debole, perchè fosse rispettato un obbligo, non consacrato da alcuna sanzione. Quindi ciò che faceva rispettare il contratto era in ogni caso il timore (2), nascesse esso

(1) Ricordiamo pure di passaggio la teoria di Gierke (*Der Humor im deutschem Recht*, Berlin 1871, p. 14), il quale scrive: «...Oder es kann überhaupt » durch das unbestimmbare Dazwischentreten eines fremden, zufälligen, geheimnisvollen Umstandes eine Pflicht oder Busse gelöst, ein Recht gegründet » werden, womit offenbar die Gottesurteil und verwandte Erscheinungen, sowie » die Häufigkeit des Looses zusammenhängen ». Per la sorte già KÖNIGSWARTER aveva scritto che «c'est le hasard, le fatalisme, le jugement du destin, appliqué en matière judiciaire (p. 16-17) ». Questi due autori dimenticano adunque la parte essenziale, la fede nell'intervento divino, che esclude il caso, l'accidentale, il fatale. (Sul vero concetto della sorte Cfr. TYLOR, I, 91).

(2) SUMNER MAINE, *Ancien droit*, 296. In Persia per esempio è Mithra che vien rappresentato come la divinità che conosce tutti i delitti, e tutti i contratti conchiusi nel mondo, che non può essere ingannata e non permette l'inganno. Perciò la parola Mithradrui denota colui che inganna Mithra, colui che rompe il contratto. (*den Mithra belügend, den Vertrag brechend*). SPIEGEL, *Die arische Periode*, p. 183, 184, 217.

dalla forza degli avversari, o dalla minacciata collera divina. Il fatto però che si costringessero gli Dei a rendersi vindici della fede pubblica nell'esecuzione dei contratti, finisce a poco a poco per farli considerare come naturali custodi del diritto, che puniscono spontaneamente i colpevoli, perchè il delitto li offende.

Allora nelle ordalie essi non sono più semplici rivelatori del fatto, ma divengono giudici del diritto, anzi si giunge a tal punto che il fatto perde ogni importanza di fronte alla decisione della colpevolezza o dell'innocenza dell'accusato avuta dalla divinità.

Spesso infatti si potrà scoprire che in un certo caso l'ordalia ha mentito (1), più spesso ancora nelle prove bilaterali soccomberanno entrambi gli avversari, ma ciò non sgomenta punto sacerdoti e fedeli. Posto il dogma della giustizia degli Dei, la logica o la sofistica della fede trova facilmente il mezzo di giustificare ogni assurdità.

A questo punto accade nelle religioni un fenomeno che per noi è di una certa importanza. Anche prima poteva esservi la credenza in spiriti superiori favorevoli all'uomo, ed in altri per contro suoi nemici, ora si distingue invece fra spiriti buoni e spiriti cattivi: i primi vanno continuamente rivestendosi di qualità morali che prima erano loro affatto sconosciute, i secondi di degradazione in degradazione giungono alla posizione di demonii, o spiriti del male.

Si svolge allora l'idea di dualismo fra le due categorie di spiriti, si distingue fra il culto della divinità, e le pratiche che fanno capo agli spiriti malvagi; il sacerdote non si confonde più collo stregone.

Questo dualismo ha importanza anche per le ordalie, poichè da esso nasce la credenza molto diffusa nell'azione degli spiriti malefici, che tentano di turbarne l'esito. È perciò che ancora nell'Europa medievale troviamo comune l'uso degli scongiuri, che sono una parte importante nel rituale delle ordalie, e ten-

(1) Se ne hanno parecchi esempi nelle cronache e nelle opere teologiche del Medio Evo. Vedremo in seguito quanto fossero spesso puerili le ragioni, che se ne davano.

dono appunto ad impedire l'azione degli spiriti malvagi; ciò che costituisce un controssenso nella religione cristiana, in cui non poteva presumersi che l'arte magica riuscisse ad imporsi alla volontà divina, tanto da far condannare un innocente od assolvere un colpevole. Gli scongiuri non erano quindi che sopravvivenze delle antiche religioni.

Coll'introdursi dell'elemento morale si era fatto il più gran passo anche nell'evoluzione dell'ordalie. In questa si rispecchia pure ogni altra trasformazione delle idee religiose. Così si erano dapprima adorati gli spiriti nascosti negli oggetti naturali, nel fuoco, negli animali, nell'acqua, ed allora nelle ordalie si credeva sottoporre il reo all'immediata azione della divinità.

Quando poi gli spiriti, o almeno i più potenti fra essi, si staccarono dagli oggetti materiali, per andare ad abitare in regioni felici e lontane, inaccessibili di regola generale agli uomini, all'azione immediata della divinità, si sostituisce l'azione mediata. Così ad esempio, ogni fuoco non è più considerato come dimora di uno spirito, ma tutti dipendono da una divinità superiore, onde il poeta vedico può cantare: O Agni, come rami sono gli altri fuochi, riunentisi a te, da cui sono nati (1).

Parimenti non si crede più possibile la presenza di un Dio in un oggetto inanimato come nel veleno, nè che esso entri in un uomo, comunicandogli la propria virtù supranaturale, o producendo in lui la malattia, la pazzia, la morte, ma la divinità scende invisibile a proteggere l'innocente nel combattimento, deviando le armi nemiche (2), o a perseguire il colpevole nel modo il più materiale, comanda agli elementi, manda le malattie e la morte.

Ci resterebbe in fine a considerare come s'atteggi l'ordalia nelle religioni monoteistiche. Siccome però avremo ad occuparci in seguito dell'influenza del cristianesimo sulle ordalie, basteranno qui poche parole. Il Dio della religione monoteista, che

(1) RIGVEDA, 8, 19, 33, citato da Schlägintweit.

(2) Si veda ad es. in Omero i frequenti interventi della divinità, specialmente nei combattimenti, e per contro in Eschilo in qual modo le Erinni perseguitino Oreste.

naturalmente ha dato leggi fisse alla natura, di cui è il padrone, può a sua posta cambiare l'ordine naturale dei fenomeni, opera sua, fare insomma dei miracoli. Anzi quest'ordine naturale, queste leggi fisse poste ai fenomeni, non sono punto concepite dalle menti rozze del volgo, ma si crede che Dio provveda ogni volta con un atto della sua volontà: i miracoli sono in questo caso anche più facili e frequenti.

Tenuto adunque conto della credenza nella giustizia e nell'onnipotenza divina, e del lento processo con cui ordinariamente una forma religiosa si viene sostituendo alle altre, si capisce come l'introdursi delle religioni monoteistiche non abbia punto fatto cessare i giudizi di Dio, mentre d'altra parte bisogna confessare che queste religioni, mettendo tanta distanza fra Dio e l'uomo, non sarebbero state tanto favorevoli all'introdursi dell'ordalia, come lo furono le religioni animiste, in cui la divinità, l'umanità, ed aggiungeremo anzi l'animalità, paiono talora quasi confondersi tra di loro.

7. — Studiata così l'ordalia nelle sue origini, e nella sua evoluzione, gioverà ora fermarsi alquanto sull'uso che se ne faceva nei giudizi, e sulla sua posizione di fronte agli altri mezzi di prova.

Premettiamo, come osservazione generale, che vi sono ordalie per le quali è necessaria la presenza e la cooperazione dell'accusato, e queste costituiscono il maggior numero (1): altre invece si compiono indipendentemente anche dalla presenza degli individui sospettati. Le ordalie di quest'ultima specie servono quindi precipuamente come mezzo di scoprire un colpevole, il che non toglie che talora esse siano prova sufficiente contro colui che viene designato, mentre altre volte gli si permette ancora di purgarsi dal grave sospetto per mezzo di un'altra ordalia diretta. Del resto quasi tutte le ordalie della prima specie

(1) È però meno esatto ciò che ebbe a scrivere GRIMM (*Deutsche Mythologie* Göttingen, 1835, p. 641): « allen deutschen gottesurteilen ist aber wesentlich, » dass der angeschuldigte selbst ihren ritus vornehmen musste; niemals konnte » er in die hand des richters gelegt sein ». Basti ricordare la sorte, ed il *iudicium feretri*, almeno come furono talora usati.

possono essere anche usate a scopo inquisitorio, per cui come già si disse, non occorre insistere sulla distinzione.

Solo osserverò, che mentre le ordalie, che richiedono necessariamente la presenza e l'acquiescenza dell'accusato, meglio si adattano ai tribunali pubblici, od anche a quelli domestici, a tutti quei casi cioè in cui vi è un'autorità che può costringere l'accusato a sottoporsi al giudizio, le altre possono anche compiersi per opera dei privati, e perciò sono già possibili nel regime della difesa privata del diritto e della privata vendetta, come vedremo trattando dell'ordalia presso i selvaggi.

Per la medesima causa, da questa specie d'ordalie, che si riscontrano raramente nei tribunali, derivano le innumerevoli superstizioni, che si conservarono a lungo, e forse ancora si conservano in Europa, e che servono a scoprire i colpevoli di vari reati, specialmente dei furti. Fra queste meritano speciale menzione (1) le sorti, la bacchetta divinatoria, l'oracolo del crivello sostenuto da un filo, o confitto sulle punte d'un paio di forbici, che oscilla o cade al nome del ladro, l'oracolo della chiave in presenza della quale si legge il salmo 50, e che gira verso il colpevole, quando si giunge ad un certo versetto, ecc.

Il concetto primitivo di queste ed altre simili superstizioni è naturalmente stato dimenticato: talora esse furono favorite per ignoranza e cupidigia anche dal clero cattolico (2), talvolta furono considerate come opera dei demoni, tal'altra si cercò di darne una spiegazione naturale; il popolo le usa per tradizione, senza preoccuparsi di cercarne la ragione; ma il trovarle tuttora presso i popoli selvaggi, e sapere quanto furono praticate nell'antichità, ci riconduce facilmente alle primitive forme re-

(1) Vedi in generale GRIMM, op. cit., cap. 28, p. 640 e seg.; TYLOR, I, 150-151 e gli autori ivi citati. Sulla bacchetta divinatoria, su cui ritorneremo fra poco. CHEVREUL, *De la baguette divinatoire etc.*, Paris 1854. LANG, op. cit., 180-196. (*The divining rod.*) L. FIGUIER, *Hist. du merveilleux dans les temps modernes. La baguette divinatoire*, tomo II, p. 1-175.

(2) Secondo WUTKE (*Deutsche Volksaberglaube*, 128, cit. in Tylor), anche i protestanti ricorrevano in Germania ai preti cattolici ed ai monaci, per scoprire i ladri.

ligiose, ed ai periodi in cui dovevano essere naturali, e conformi alle credenze comuni.

Passiamo finalmente a considerare la posizione che doveva avere il giudizio di Dio nel processo, ed in generale l'antica teoria della prova.

Nel gruppo primitivo, come anche nella famiglia patriarcale (1), non si può concepire un vero processo per il potere sconfinato di coloro che giudicano. Essi conoscono accusatore ed accusato, possono sentire le informazioni degli altri compagni, e talvolta una sola testimonianza può bastare, perchè tutto dipende dall'essere o non persuasi i giudici: quando poi questi restino in dubbio, si ricorrerà ad un giudizio di Dio, od al giuramento, secondo i vari popoli od i vari casi. Non vi sono insomma principî certi che regolino la procedura, nè è assegnata a ciascuno una parte ben determinata e distinta.

Ben altrimenti accade tosto che dall'unione di singoli gruppi, si formano società molto più complesse e potenti.

Bastian (2) giunse fino a dire che il diritto nacque solo colla formazione della tribù: vi è in ciò senza dubbio molta esagerazione, perchè non si può concepire la durata di un gruppo qualsiasi, cui sia affatto estranea ogni idea giuridica: pure la formazione della tribù deve aver avuto sul diritto un'influenza grande e benefica.

Infatti la tribù rappresenta l'unione volontaria di vari gruppi autonomi e questa non si può intendere, senza ricorrere all'idea di una specie di contratto (3): laonde il nuovo potere sociale

(1) Sulla natura di questi gruppi primitivi, che hanno carattere famigliare, giuridico e religioso ad un tempo Cfr. CARLE, *Vita del Dir.*, p. 62.

(2) *Rechtsverhältnisse etc.*, p. 6. Cfr. CARLE, *Le origini del Diritto Romano*, p. 113.

(3) La teoria del contratto primitivo, che ebbe dapprima seguaci così accesi dall'entusiasmo, da sembrare, a detta di Sumner Maine, affetti da *imbecillità mentale*, e fu poi eccessivamente biasimata, pare risorga di nuovo, spoglia delle antiche esagerazioni. Cfr. CARLE, *Vita del Diritto*, libro IV, cap. III, p. 484 e seg. *La teoria del contratto sociale*. Lo stesso autore nelle sue « origini del Diritto Romano » dimostra quanta parte abbia avuto l'elemento contrattuale nella formazione della città Romana. Fra gli antichi mi pare di

nasce dal consenso dei vari gruppi, che si uniscono insieme per certi scopi determinati.

Mentre quindi nell'orda, come nella famiglia patriarcale, l'individuo scompare nel gruppo, vediamo nella tribù un aggregato di elementi, che non hanno rinunciato alla propria autonomia, ma sono pronti a staccarsi dagli altri e a ricorrere alle armi, quando si credano lesi ingiustamente. Per ben comprendere le relazioni dei vari gruppi tra di loro si può utilmente ricorrere al diritto internazionale: abbiamo quasi una confederazione di piccoli stati, talora una semplice alleanza.

È perciò che ogni qualvolta offensore ed offeso appartengano a gruppi diversi, la procedura riveste un carattere che non si può parimenti spiegare se non ricorrendo a concetti del diritto internazionale.

Per i rapporti speciali, che stringevano fra di loro i membri dei vari gruppi, l'offesa fatta ad uno di essi da un estraneo, non poteva se non considerarsi come fatta a tutti, e viceversa la soddisfazione non si chiedeva all'offensore, ma al gruppo cui esso apparteneva, e su questo si faceva collettivamente pesare la responsabilità del fatto.

È perciò che deve l'offeso, o meglio il capo del suo gruppo, esporre con formole solenni il torto ricevuto alla presenza dei capi dell'altro gruppo e domandarne soddisfazione. Questi debbono per la necessità stessa delle cose scegliere fra tre vie; o negare il fatto, o pagare una composizione da stabilirsi, cogli averi dell'offensore e, se questi non bastano, cogli averi comuni, od infine effettuare una specie di *noxæ traditio*, dato che gli avversari se ne accontentino. Ammettere il fatto e negare la soddisfazione richiesta, sarebbe considerato come ingiusta provocazione, conducente inevitabilmente ad una guerra fra i due gruppi, a ciò che sarà la faida nel mondo germanico.

trovare un giusto apprezzamento della teoria del contratto primitivo in un saggio di Hume, che porta appunto questo titolo. (*Œuvres*, vi, 1786, pag. 369-407). Inoltre, per non parlare di Hobbes, si può anche vedere una dissertazione di S. Pufendorf, *De statu hominum naturali* (in *Politica inculcata Londini Scanorum*, 1679, p. 497-538), cui accenna parecchie volte Vico, senza citarla apertamente.

Se si sceglieva il partito di negare il fatto, bisognava per evitare la guerra convincere gli avversari, *dare la prova*. Quando si consideri che i due gruppi cui appartenevano rispettivamente offensore ed offeso, rivestono il *carattere di parti*, nè vi è un *terzo*, un giudice che imponga loro la propria autorità, si comprenderà facilmente perchè, contrariamente alla regola che appare tanto naturale nei veri giudizi, qui l'onere della prova incomba precipuamente a chi nega. Al gruppo offeso bastava la propria convinzione, e dimostrava già di averla, quando fidente nella propria forza, e nella giustizia degli Dei, si presentava a chiedere una soddisfazione, che era pronto a procacciarsi colle armi.

D'altra parte il gruppo, cui apparteneva l'accusato doveva, nella generalità dei casi, essere benissimo in grado di conoscere la verità del fatto, che per essere commesso a danno di estranei, aveva forse causato una lunga assenza, o di cui si erano visti i prodotti, come nei casi di rapine, o che infine era stato confessato dal suo autore.

Ma anche quando si conoscesse l'innocenza dell'accusato, come dare una prova, che non si resolvesse in una semplice affermazione? La prova testimoniale non è certo ammissibile: poichè i testimoni appartenenti ai due gruppi si confondono colle parti; appartenenti ad altri gruppi presenti ed informati del fatto, dovevano trovarsi assai raramente; inoltre doveva essere difficile rintracciarli, più difficile ancora indurli a deporre ed attirarsi così odii e rancori: sarebbe poi sempre rimasto a vincere la diffidenza degli avversari, nè questo doveva essere facile. Tuttociò spiega, se io non erro, il sistema di prove germanico e quella avversione alla prova testimoniale, che pare lo contraddistingua, mentre deve essere invece comune a tutti i popoli, nel periodo della unione dei piccoli gruppi in società più complesse. Naturalmente questo fenomeno scompare quando la fusione diventa completa, e si accentra e fortifica il potere sociale.

Non essendo ammessa la prova testimoniale, non resta che il giuramento, quasi sempre coi congiuratori, e il giudizio di Dio. Le relazioni fra questi due mezzi di convincere gli avversari non pare possano definirsi in modo assoluto e generale.

Il giuramento, perduto il carattere di giudizio di Dio, non è più veramente una prova. È un'affermazione, ma un'affermazione che presenta tali caratteri di credibilità, data la fede nella punizione certa, se non immediata, dello spergiuro, che nel maggior numero dei casi deve bastare a convincere gli avversari. Non è il solo accusato, ma i principali membri del suo gruppo, che dimostrano di non temere che terribili sventure possano colpirli: come non prestar fede a ciò che essi affermano? È perciò che la scelta fra il giuramento ed il giudizio di Dio poteva spesso essere lasciata all'arbitrio del gruppo; cui apparteneva l'accusato, e questo, ove non fosse sicuro del fatto, o della credibilità di chi asseriva la propria innocenza, preferiva certo che un giudizio di Dio risolvesse ogni dubbio, anziché incorrere nel pericolo di attirare su di sé la collera degli Dei.

Quando però diminuisca la fede nel giuramento, e crescano in conseguenza i casi di spergiuro, spesso potrà il gruppo offeso ricusare di prestar fede anche all'affermazione giurata, ed esigere invece il giudizio di Dio.

Ripetiamo, non si può dare regola fissa e generale, perchè le varie credenze, ed anche i rapporti più o meno intimi fra i vari gruppi dovevano avere a questo riguardo una grandissima influenza.

Notiamo ancora che l'essere talora le ordalie bilaterali non deroga punto alla regola per cui l'accusato non l'accusatore è tenuto alla prova. Persino il duello, che alcuni considerarono come un diritto dell'accusatore, non fa invece eccezione; tanto è ciò vero che spesso esso serve solo di prova suppletiva, invece del giuramento e dei congiuratori, ed anche nel duello cavalleresco, degenerazione del primitivo combattimento giudiziario, è l'ingiuriato che si purga colle armi dalla macchia fatta al suo nome.

8. — La maggiore o minore durata dei giudizi di Dio presso un determinato popolo dipende quasi esclusivamente dalla forma di governo e di costituzione sociale.

Dove l'elemento teocratico prevale, come ad esempio nell'India, il giudizio di Dio si conserva nonostante una civiltà assai elevata, sia perchè il sacerdozio fu sempre conservatore per eccel-

lenza, anche nelle pratiche più superstiziose, che considerò come sanzionate dalla divinità, sia perchè nelle società teocratiche non si conoscono confini fra diritto, morale e religione, ma ogni regola di vita privata e pubblica, riveste carattere religioso e trova negli Dei vindici gelosi.

Dove invece lo stato, l'elemento laico si affermano vigorosamente di fronte al sacerdozio e all'elemento religioso, il giudizio di Dio perde ben presto terreno, man mano che l'autorità sociale dimostra di sapersi imporre ai privati, e di poter difendere il diritto senza aiuti soprannaturali. È forse perciò che per esempio in Roma, non troviamo che scarse ed incerte tracce di giudizio di Dio.

A sostituire le ordalie dovettero servire, secondo la natura dei vari popoli e la forma di governo, la tortura, il giuramento, o i mezzi di prova più razionali, e specialmente la prova testimoniale.

La tortura doveva prevalere nei popoli retti a regime dispotico, la prova testimoniale nei governi popolari; con che non si viene a dire che in quelli fosse sconosciuta la prova testimoniale, in questi la tortura, riservata in special modo ai servi.

Nell'Europa, che specialmente c'interessa, anche perchè l'abbondanza dei materiali ci permette di meglio seguire il lento processo con cui l'ordalia scomparve dai tribunali, il sistema di prova del diritto germanico viene meno, non di morte naturale, se così ci è permesso di esprimerci, ma per cause ed influenze estranee alla civiltà germanica, che l'aveva introdotto in gran parte dell'antico mondo romano.

Non credo però che la chiesa e l'elemento cristiano (come generalmente si sostiene), abbiano avuta la principal parte nell'abolizione delle ordalie e tenterò in seguito di dimostrarlo.

La causa prima si deve invece ricercare nel risorgere delle tradizioni della sapienza antica, nello studio specialmente del diritto romano, col quale l'Italia s'imponeva ai feroci suoi vincitori, come altra volta la Grecia si era imposta al Lazio colle arti.

Molto prima che si avverasse il mirabile fenomeno della recezione del diritto romano, l'influenza ne era penetrata in tutti

i diritti barbarici (1), cosicchè la teoria della prova testimoniale prima appena abbozzata si svolse in gran parte sotto l'influenza del diritto romano, almeno fra i germani del Sud.

Ci vollero però secoli prima che l'abolizione delle ordalie potesse dirsi compiuta; essa s'iniziò restringendo il numero dei casi in cui si ricorreva ai giudizi di Dio, e favorendo per contro la prova testimoniale e la documentale; si accordarono poi sovente privilegi a città, o a singole famiglie: vennero in seguito le proibizioni generali, che restarono però senza effetto per lungo tempo.

Specialmente fu ardua l'abolizione del duello, appunto perchè conservava in parte il carattere di difesa privata del diritto, ed aveva finito coll'essere considerato privilegio di alcune classi sociali. Anche la sorte si conservò a lungo, ma, in generale non è più giudizio di Dio, benchè da alcuni passi appaia il contrario (2); è noto infatti che essa talora è necessaria, e fu come tale accolta anche dal diritto Romano (3).

Quando poi lo spirito razionalista fu progredito tanto da togliere ogni fede nell'intervento divino nei così detti giudizi di Dio, alcuni di questi si conservarono cionondimeno trasformandosi. Il popolo ignorante credeva ancora nelle ordalie, pareva che essendo durate tanti secoli, non dovessero essere affatto destituite di fondamento, si pensò quindi che i fenomeni che si erano attribuiti all'azione divina potessero invece avverarsi per cause naturali ignote agli antichi. Così si disse che il sangue dell'ucciso sgorgava davanti all'uccisore per un *non so che a natura insitum, de quo ratio reddi non potest* (4); così si pre-

(1) Sulla storia del diritto romano nel Medio Evo, che dopo il lavoro fondamentale di Savigny, fu oggetto di numerose ed importanti monografie, vedi ora CONRAT, *Gesch. der Quellen und Literatur des röm. Rechts in früheren M. A.* 1889 (parte 1^a).

(2) BONIF. DE VITALINIS, Op. cit., p. 373. « Item propter lites dirimendas sors » in iure civili conceditur quia tunc talis sors tollit dubitationem et divi- » nam indicat voluntatem.

(3) Dig. 10, 2, 5. Cod. 6, 43, 3. Inst. 2, 20, § 23, etc.

(4) M. A. BLANCUS, *De indiciis*, n. 408, in *Volumen præclaris. omnium tract. crimin.* Venetiis 1563, f. 343.

tese che le streghe per cause patologiche avessero un peso minimo, e perciò galleggiassero sull'acqua, o di poco smovessero la bilancia; ognun sa quali tristi conseguenze abbia avuto questo pregiudizio.

Anche la bacchetta divinatoria, usitatissima nelle superstizioni popolari, venne proposta come ottimo mezzo di scoprire i delinquenti negli ultimi anni del secolo decimosettimo e in uno dei paesi più colti d'Europa. Accenno specialmente agli scritti numerosi (1), cui diede origine il fatto di un certo Aymar che nel 1692 scoprì a Lione alcuni assassini colla verga divinatoria, e pretese di poter così scoprire i colpevoli d'ogni delitto. Fortunatamente la ragione prevalse non senza fatica, sulla superstizione, e finì presto una disputa, cominciata già prima del fatto dell'Aymar, e che aveva interessato vivamente parecchi scienziati, fra cui Mallebranche, che vedeva nella bacchetta divinatoria l'azione del demonio.

Quantunque però la scienza progredendo, abbia dimostrata l'assurdità di queste e delle altre pratiche superstiziose, e quindi anche le ultime tracce d'ordalia siano scomparse dai tribunali d'ogni popolo civile, non venne meno intieramente la fede in questi mezzi soprannaturali di scoprire la verità.

Per non ritornare su altre superstizioni popolari già ricordate, persiste ancora nelle isole britanniche con grande tenacia la fede nell'antica prova del fuoco (2), onde pochi anni or sono

(1) Vedine l'enumerazione in BRUNET, *Manuel du libraire* o nel *Trésor* di GRAESSE voce Vallemont. Questo Vallemont, prete e dottore in teologia scrisse un libro curiosissimo, apologia di Aymar e della sua bacchetta, e così intitolato: *La phisique occulte, ou traité de la baguette divinatoire et de son utilité pour la découverte des sourcesdes voleurs et des meurtriers fugitifs*, Paris 1693, (vedi specialmente pag. 203 e seg., 244 e seg., 600 e seg., ecc). Su Aymar si veda anche Lang e Figuier (cit. sopra pag. 26, n. 1) e specialmente quest'ultimo l. c. p. 59-97. Egli fu completamente smascherato, ciononostante anche questa superstizione ebbe le sue vittime, poichè troviamo che nel 1703 il maresciallo Montrevel e l'intendente Bâville si servirono di Aymar nelle persecuzioni contro i protestanti, e molte persone (diciotto in una sola volta) furono giustiziate sopra indizi così menzogneri.

(2) TYLOR. I, 99.

si giudicò a Nuova-York una Irlandese accusata di aver così causata la morte d'un suo bambino, che temeva le fosse stato sostituito.

Nel 1815 e nel 1816 due individui furono sottoposti alle prove dell'acqua e del fuoco nel Belgio, perchè accusati di magia: nel 1836 una vecchia, per eguale accusa, fu sottoposta alla prova dell'acqua fredda a Hela vicino a Dantzick (Prussia orientale) ed uccisa dalla popolazione, perchè galleggiava (1).

Pare che in Corsica sia (o fosse non molti anni or sono) assai diffusa la credenza, che è base del *iudicium feretri*.

Niccolini (2) infine, per citare un esempio che più direttamente riguarda l'Italia, narra che presiedendo egli la suprema corte di Napoli nel 1811, ebbe a giudicare un uomo *non plebeo*, il quale dubitando della castità della figlia l'aveva sottoposta alla prova del fuoco, per modo che la disgraziata quasi ne morì.

Anche oggi, a quanto mi si assicura, si usa in alcune parti della Sardegna un giuramento di purgazione sulle reliquie, che ha carattere di giudizio di Dio, perchè si crede che lo spergiuro ne avrebbe la mano scorticata.

Oltre a questi fatti dolorosi, ma fortunatamente abbastanza rari, e che lo diverranno, speriamo, sempre più, restano altre tracce delle ordalie, in molte espressioni usate anche oggi comunemente, come ad esempio le nostre: *metterei la mano nel fuoco: che io non possa trangugiare questo boccone, se ciò non è vero*; le tedesche: *dass mir das Brod im Halse stecken bleibe: ich will das Abendmahl darauf nehmen*; l'inglese: (citata da Tylor) *camminar sui carboni ardenti*; le francesi: *que ce morceau de pain m'étrangle, si je ne dis pas vrai; maintenir jusques au feu; je n'en voudrais pas tenir un fer chaud; je n'en voudrais pas mettre le doigt au feu* (3), e via dicendo. Questi detti basterebbero da soli a dimostrare quanto

(1) KÖNIGSWARTER, l. c., 1850, I, 14.

(2) *Procedura penale nel regno delle due Sicilie*, 1843, I, 321.

(3) Le tre ultime in RABELAIS, *Pantagruel*, III, 7, IV, 38. (*Œuvres*, Genève 1782, vol. II, p. 138, III, 167).

viva fosse un tempo la fede nei giudizi di Dio, e quanto questi fossero penetrati nella coscienza e nel costume dei popoli europei.

9. — Ho fin qui tentato di esporre nei suoi tratti caratteristici l'evoluzione del giudizio di Dio, ed è oramai opportuno venire ad esaminare partitamente l'ordalia presso i singoli popoli, in sè, e nei suoi rapporti cogli altri mezzi di prova. Affinchè questa esposizione riesca più proficua, adotterò in essa la divisione etnografica, seguendo in tutto l'opinione autorevolissima di F. Müller, senza punto occuparmi dei gravissimi problemi di una scienza ancora in formazione, e nella quale si trovano di fronte le ipotesi le più disparate.

F. Müller distingue le razze umane in due grandi categorie, delle quali l'una comprende gli Ottentotti, i Papua e la razza primitiva negra (Negri africani e Cafri), l'altra si suddivide in tre grandi razze, l'oceanica (Australiani, Iperborei, Americani), l'asiatica orientale (Malesi, Mongoli) e l'asiatica del Sud-ovest (Dravida, Nubi, Mediterranei).

Sarà questo l'ordine del lavoro e perciò il primo capitolo tratterà dei popoli selvaggi. Ragioni cronologiche consiglierebbero veramente un altro ordine intieramente opposto, ma chi consideri che i selvaggi d'oggi non sono usciti da uno stato di civiltà di gran lunga inferiore a quello, in cui vediamo i popoli antichi nel periodo storico, facilmente si persuaderà che il metodo cronologico non sarebbe nè il più razionale, nè il più conveniente al caso nostro (1).

Un fatto risulterà evidente nel lungo cammino che ci resta a percorrere.

Non vi è razza umana presso cui non sia, o non sia stato in uso il giudizio in Dio, anzi le forme principali che esso assunse sono praticate nello stesso modo presso quasi tutti i popoli. Quali conseguenze dobbiamo trarre da questo fatto incontestabile e che del resto è ben lungi dall'essere isolato? Senza dubbio vi sono fra le religioni, fra i diritti, fra le costumanze dei popoli di razze diverse, analogie veramente sorprendenti, nè a

(1) Cfr. le giuste osservazioni di M. LENNAM, *Prim. marriage*, p. 8, in M. MÜLLER, *Essai sur l'hist. des religions*, p. 5.

spiegarle bastano le ipotesi le più arrischiate degli etnologi, o le influenze, che questi popoli, per varie vicende, possano aver esercitate gli uni sugli altri. Queste influenze e le affinità di razza ci vietano bensì di affermare in modo assoluto che la religione, il diritto, e tutte le altre istituzioni sociali siano nate e si siano svolte privatamente presso i vari popoli, *senza che gli uni sapessero degli altri* (1), ma ciò che in un determinato grado di civiltà vi ha di uniforme e generale nelle istituzioni sociali di tutti i popoli, può essere solo spiegato in modo soddisfacente da chi ricordi che la civiltà umana è opera dell'uomo, e che perciò, se da un canto nel suo vario atteggiarsi segue la diversità dei fattori esterni, dall'altro deve rispecchiare ciò che vi ha di costante nell'umana natura e nelle condizioni individuali dell'uomo in ogni stadio della sua evoluzione.

(1) Ciò credette Vico specialmente riguardo al diritto. *2ª Scienza nuova*, Lib. I, Degn. xiii. (Op. ed. cit. vol. v, p. 58, ...il Diritto naturale delle genti nacque privatamente appo i popoli, senza saper nulla gli uni degli altri e... poi con l'occasione di guerre, ambasciarie, alleanze, commerci, si riconobbe comune a tutto il genere umano). Parmi che il principio del nostro grande filosofo potrebbe pienamente accogliersi ove s'intendesse ristretto alle origini prime del diritto in seno alle così dette società primitive; ma le ultime parole dimostrano, se io non erro, che il Vico non usò la parola *nacque* nel suo significato più proprio, bensì nel più esteso.

CAPITOLO SECONDO

L'ordalia presso i popoli selvaggi e semiselvaggi.

Bibliografia. KOHLER, *Studien ü. die Ordalien der Naturvölker*, *Zeitschr. für vergl. Rechtswiss.* (1884), v, 368-376. *Beiträge zur Lehre von den Ordalien*. *Zeitschr. für Strafrechtswiss.* v, 681-82, vi, 365-372. *Rechtsvergleichende Studien über islam. Recht, das Recht der Berbern, das chines. Recht und das Recht auf Ceylon*. 1889. POST, *Ursprung des Rechts* (1876), p. 120 e seg. *Die Anfänge des Staats und Rechtslebens* (1878), p. 255. *Bau- steine einer allgemeiner Rechtswiss.* (1881), II, 244. *Grundlagen des Rechts und Grundzüge seiner Entwicklungsgesch.* (1882), p. 436. *Afrikanische Jurisprudenz* (1887), II, 110-127 e passim. A. BASTIAN, *Mensch in der Geschichte* (1860), II, 210. *Rechtsverhältnisse bei verschied. Völkern der Erde* (1872), 275, 285, 357, 372, 401, ecc. LETOURNEAU, *La sociologie d'après l'Ethnographie* (1880), p. 176, 465, 478. WAITZ e GERLAND, *Anthropol.*, cit. II, 156 e seg., IV, 84, 350, 415, 460: v, I, 149, 189: VI, 226, 662, 794, ecc. SCHNEIDER, RÉVILLE, LANG, TYLOR, F. MÜLLER, op. cit.

Da questi autori è tolta buona parte delle citazioni, che naturalmente non ho però mancato di verificare, potendolo.

Prima di studiare le ordalie presso i popoli selvaggi e semiselvaggi seguendo l'ordine etnografico, di cui dissi nell'introduzione, premettiamo alcune considerazioni generali sulle fonti della nostra trattazione.

L'ordalia, per la natura sua, non è tal fatto che facilmente passi inosservato, e non è quindi a stupire che tanti viaggiatori se ne siano occupati, a cominciare dai missionari del XVI e XVII secolo fino ai giorni nostri.

Disgraziatamente essi in generale considerarono l'istituzione, di cui trattiamo come una stravaganza, un oggetto di curiosità, senza curarsi di penetrarne il concetto fondamentale, e porre in luce le credenze religiose, che la spiegano e la giustificano. Perciò accade anche qui ciò che troppo spesso si riscontra, quando si cerchino notizie sulla religione, sul diritto

sulla morale dei popoli selvaggi: le esteriorità sono narrate diffusamente, e non vi è cenno di ciò che sarebbe essenziale, dello spirito delle istituzioni, oppure in questa parte i preconceppi tengono luogo di osservazioni. È in parte una necessità, che si può più deplorare che imputare ai viaggiatori, dai quali sarebbe ingiusto pretendere le conoscenze, e lo spirito scientifico necessario per ben comprendere un mondo intellettuale e sociale tanto diverso dal nostro: non è però men vero, che appunto per questa mancanza lo studio dei popoli selvaggi non dà ancora quei risultati che se ne potrebbero aspettare.

Per ciò che riguarda il nostro argomento, oltre alla descrizione delle varie ordalie, dai racconti dei viaggiatori non si potrebbero desumere se non questi due dati: le ordalie sono usate spessissimo, e si ha in esse piena fede: l'esito però dipende in massima parte dalle frodi degli stregoni, che le presiedono.

Per l'ultimo punto in ispecie, è veramente edificante l'accordo nelle varie relazioni di viaggi. Ciò che i poveri selvaggi non hanno scoperto in tanti secoli, non v'è viaggiatore così poco accorto, che non l'abbia immediatamente osservato. Gli stregoni sono mossi principalmente dall'avidità e dal desiderio di vendicarsi delle ingiurie eventualmente ricevute; è assolto o vince la causa, chi fa loro ricchi presenti, e via dicendo.

Io non nego la possibilità delle frodi in alcuni casi, ma, a costo di essere tacciato a mia volta di preconceppi, non posso ammetterne la generalità, e direi anzi la frequenza.

Ci si afferma che la fede nelle ordalie è massima, che gli accusati esigono di esservi sottoposti, e perciò intraprendono spontaneamente lunghi viaggi; come è ciò ammissibile, se realmente si compera l'assoluzione con doni? Come si può aver fede in un giudizio, quando si sa di poter corrompere il giudice? (1).

D'altra parte se la frode si può facilmente concepire in alcune prove, come in quella del veleno, in altre essa sarebbe difficilissima, od assolutamente impossibile.

(1) Si noti poi che gli stregoni non si peritano di accusare talvolta persone potenti, come le mogli dei capi, ciò che certo non farebbero se questi fossero in qualche modo loro complici, ed in grado di smascherarli.

Infine si è certo nell'errore considerando gli stregoni come semplici impostori, mentre sono piuttosto fanatici, ed ingannati essi stessi, per cui con ragione affermava Réville (1), che essi probabilmente sono i primi a credere nei propri poteri soprannaturali. Di ciò si convince facilmente chiunque percorra alcuni dei processi delle streghe, così frequenti altrevolte in Europa, e che diedero origine ad una vera letteratura, che d'anno in anno si accresce considerevolmente. Si vede infatti che quelle disgraziate spessissimo, lungi dal proclamare la loro innocenza, finiscono col vantarsi del loro potere immaginario.

Parmi quindi che anche nel caso nostro si trovi pienamente confermata un'osservazione dell'autore or ora citato (2), il quale afferma che non vi è nulla di più superficiale delle spiegazioni dei grandi fenomeni religiosi, quando esse hanno solo per fondamento l'ipotesi di un'impostura prolungata.

Non ritorneremo qui su quanto si è detto nell'introduzione riguardo al concetto d'ordalia nelle religioni animiste, e sulla generalità di questa prova superstiziosa. Aggiungiamo solo una osservazione.

Pictet (3), pur ammettendo che l'ordalia come istituzione sia generale, o almeno possa sorgere spontaneamente presso popoli diversi, ha però creduto di affermare che le prove speciali del duello, dell'immersione nell'acqua fredda, del ferro rovente portato ad una certa distanza, della mano immersa nell'acqua bollente, ed altre, che non ricorda, *paraissent appartenir en propre aux peuples Ariens*.

Ciò è certamente falso, poichè tutte queste prove si trovano presso popoli non ariani, alcune, specialmente quelle del ferro infuocato e dell'acqua bollente, in popoli che non hanno forse mai avute relazioni anche remote cogli Arij. Non è però meno vero che le ordalie in uso presso i Malesi, i Birinani, e persino

(1) *Prolégomènes*, p. 199. Altrove egli osserva che gli stregoni dei popoli non civilizzati si reclutano sempre fra i semipazzi, *si ce n'est des déments au grand complet*. (*Religions*, II, 243).

(2) RÉVILLE, *Religions*, I, 91.

(3) *Origines indo-européennes*, 1878, (2^e édit.), III, 175.

presso i Papuas, hanno tali analogie colle ordalie usate nell'India, che si può senza timore ravvisarvi l'influenza indiana, che del resto, specialmente quanto alla civiltà malese, ha lasciato non dubbie tracce nella lingua e nei costumi.

Paghi di accennare in generale a queste possibili influenze, non ci tratterremo su di esse nei singoli casi, perchè le ordalie dei popoli selvaggi non sono quasi mai tanto conosciute nelle loro formalità e nei riti che le accompagnano, da potere con certezza basarvi confronti ed induzioni, ed in secondo luogo per non entrare in questioni esclusivamente storiche ed etnografiche troppo lontane dal campo nostro, e sulle quali spesso dovremmo accontentarci di ipotesi più o meno arrischiate.

2. — Veniamo quindi senz'altro al nostro argomento.

Gli ottentotti, prima popolazione di cui dovremmo occuparci, sono i soli su cui non ho trovato materiale alcuno, il che però non basta certo a dimostrare che l'ordalia sia loro sconosciuta. Essi infatti sono in strette relazioni colle popolazioni cafre e negre, (colle quali, secondo alcuni etnografi (1), formerebbero una sola grande razza) ed hanno con queste comuni molte istituzioni e credenze, fra cui è importante per noi la fede negli stregoni, che *guariscono le malattie, scoprono i segreti, e compiono altre operazioni magiche* (2). Questi stregoni probabilmente hanno anche l'incarico di scoprire i malfattori come i loro compagni negri e specialmente cafri. Che se nulla sappiamo di certo su questo e sulle ordalie degli ottentoti, lo si deve senza dubbio imputare alla scarsità delle notizie, che abbiamo sulla loro vita e la loro civiltà (3).

(1) GERLAND, *Anthrop. Beiträge*, I, 396 (in Tiele p. 16), sostiene anzi l'unità di razza di tutte le popolazioni africane e semitiche. Restringe invece la sua affermazione ai soli Africani. R. DE HARTMANN, *Die Nigritier*, I, 1877, citato in Tiele, 16. Sulla pretesa identità di razza degli Ottentotti e dei popoli Egiziani. v. MÜLLER, p. 116, ed i numerosi autori ivi citati.

(2) F. MÜLLER, *Ethn.*, p. 112.

(3) WAITZ, *Anthr.*, II, 343-344. RÉVILLE, I, 188. (Il est à présumer qu'ils nourrissent encore bien d'autres croyances qui ont échappé jusqu'à présent aux Européens...). Del resto sulla loro religione in generale cfr. LANG, o. c., 197-211, (*Hottentot Mythology*), e specialmente RÉVILLE, I, 160-188. (p. 188, ...du reste, pas la moindre notion d'un lien unissant la religion à la morale).

3. — I Papuas della Nuova Guinea, come accennammo, hanno ordalie, che si rassomigliano assai a quelle degli Arii, la cui influenza forse risentirono per il tramite dei Malesi.

Presso i Maforesi, l'accusato deve togliere un piccolo oggetto dall'acqua bollente, o prendere carboni ardenti (1).

I Neoforezi, di cui scrisse recentemente V. Hasselt (2), usano la prova dell'acqua bollente, dell'acqua fredda e del piombo fuso.

Nella prima l'accusato immerge una mano (o un dito) nell'acqua bollente, e la ritrae immediatamente, cosicchè appare sempre innocente se si deve prestar fede all'autore citato; ciononostante egli vide una donna, che, conscia della sua colpa, preferì confessare.

Pare che presso altre tribù la prova sia bilaterale: allora si immerge il braccio fino al cubito, e perde la causa chi comincia a sbuffare o ritira il braccio.

Bilaterale è sempre la prova dell'acqua fredda, riservata ai soli uomini; in essa le parti s'immergono nel mare, e perde chi primo ricompare alla superficie. Ma, anche qui secondo Hasselt, nella maggior parte dei casi, non si giunge così a risultato di sorta, perchè gli avversari, abili nuotatori, restano entrambi immersi sino a che il giudice non li richiami.

La terza prova consiste nel versare piombo fuso a goccia a goccia sul cavo della mano dell'accusato coperta da stoffa con sotto pezzettini di legno. Anche questa prova sarebbe affatto innocua, ciò che veramente può parer strano. Ad ogni modo è regola costante nella storia dei giudizi di Dio, che, diminuendo la fede, ne diminuisce anche la gravità, in seguito a concessioni, direi quasi, involontarie, che si fanno per salvare una istituzione minata, e che tende a scomparire. Lo vedremo fra gli Ebrei e nell'Europa medievale; lo vedremo specialmente nell'India, dove in una prova, che corrisponde perfettamente a quella di cui ci occupiamo, si viene sempre aggiungendo qual-

(1) FINCH, *Neu-Guinea und seine Bewohner* (1865), 113-4. Cfr. anche GOODSWARD, *De Papoeva's van de Geelvinkbai*, 1863, p. 64. Post, *Grundlagen des Rechts*, 440.

(2) *Zeitschr. f. Ethnol.*, VIII, (1876), 192.

che cosa alla fasciatura della mano, tanto che in fine si richiederebbe un vero miracolo perchè essa restasse lesa.

Ad una superstizione, di cui abbiamo fatto cenno nell'introduzione (1) si riannoda l'uso feroce degli Aetas (Negritos) delle Filippine, appartenenti pure ai Papuas, ed i quali imputano ogni morte naturale ad una persona malvagia, che ricercano subito dopo la sepoltura del defunto, per metterla immediatamente a morte. Il primo individuo in cui si imbattano è infatti senz'altro trucidato (2).

Evidentemente l'origine di questo uso, che è lungi dall'essere un fenomeno isolato, si deve cercare nella credenza che lo spirito dell'ucciso guidi i suoi vendicatori, e si riattacca così alla dottrina della possessione spiritica (3). Per altro non si manca di segnare con rami rotti, o piegati il cammino dei ricercatori, perchè i loro amici non si facciano loro incontro per caso, poichè sarebbero allora uccisi senza pietà.

4. — Passiamo ora alla razza negra, la quale come meglio conosciuta, e d'altra parte relativamente poco influenzata da civiltà straniera, ci offre un ricchissimo materiale, per il quale però più che mai dobbiamo richiamare le osservazioni fatte in principio di questo capitolo.

La razza negra si divide in negri Africani, propriamente detti, e Cafri, ma per brevità ne tratteremo congiuntamente, ciò che non può recare alcun inconveniente, vista la perfetta uniformità del diritto a questo riguardo.

La fede nei giudizi di Dio è anche oggidì grandissima, e perciò essi sono assai usati, e spesso i delinquenti preferiscono confessare subito i loro delitti, anzichè esservi sottoposti, mentre d'altra parte molti accusati spontaneamente invocano il giudizio di Dio, sicuri della loro innocenza.

Dissi in principio del capitolo quanto sia difficile desumere dalle notizie dei viaggiatori nozioni precise sul concetto fondamentale dell'istituzione che ho presa a studiare. È perciò che

(1) V. sopra pag.

(2) F. MÜLLER, *Ethnog.*, 135.

(3) Sulla possessione spiritica, fenomeno generale ed importantissimo, v. TYLOR, II, 160 e seg.

non trovo materiali per decidere relativamente ai popoli africani, se la fede nella giustizia della divinità sia la base dei giudizi di Dio, se insomma, presso di essi un sommo principio morale sia penetrato nella religione. La risposta affermativa del Réville fu combattuta nell'Introduzione esclusivamente perchè espressa come principio generale (1); pure alcuni fatti che ricorderò qui, m'indurrebbero a respingerla anche nella sua applicazione speciale.

Spesso chi ha commesso un reato, per esempio un furto, e per caso ammala, attribuisce la malattia ad un feticcio, e crede di non poter guarire senza la restituzione (2); ma il feticcio non agisce mai perchè offeso dal delitto, agisce per iniziativa privata del derubato, per uno scongiuro: agisce quindi costretto, non perchè vindice dell'onesto.

È perciò che in alcune regioni, per costringere il feticcio a punire il ladro, si conficca in esso uno spillo, reputando di eccitarne con ciò in sommo grado la collera, e di poterla poi con scongiuri riversare sull'autore del furto. Questi del resto preferisce spesso confessare, prima che si venga a tale mezzo estremo (3).

Il giuramento è in certe parti dell'Africa un vero giudizio di Dio, poichè si crede che lo spergiuro sia punito di morte immediata: ma ciò proviene esclusivamente dalle imprecazioni e dalle pratiche magiche che lo accompagnano, non da un sentimento di giustizia nella divinità: tanto è ciò vero che uno stre-gone più potente può placare il feticcio su cui s'è spergiurato, o renderne impotente la collera, assicurando così l'impunità al colpevole (4).

Da questi e da altri fatti si deduce che quand'anche gli Africani credano realmente, che la divinità salvi sempre l'innocente

(1) Vedi anche REVILLE, I, 122.

(2) WINTERBOTTOM, *Nachrichten von der Sierra-Leone-Küste*, 1805, p. 327.

(3) LENZ, *Skizzen aus Westafrika*, p. 183.

(4) CRUICKSHANK, *Goldküste* (1834), p. 122. BOSMANN, *Viaggio in Guinea* (Venezia 1752), II, 54. MONRAD, *Küste von Guinea* (1824), p. 37 not. Cfr. Post, *Afr. Jurispr.*, II, 132 e aut. ivi cit.

sottoposto al suo giudizio (1), non si può affermare che essi la considerino già come naturale tutrice del diritto, mentre per contro questa cieca fede nell'esito delle ordalie dimostra solo la grande importanza attribuita agli scongiuri ed alle cerimonie che le accompagnano.

La direzione delle ordalie è affidata in Africa ai sacerdoti o stregoni, e da questi, a quanto gli autori (2) si accordano nell'affermare, ne dipende esclusivamente l'esito; ma su ciò ci siamo già dilungati abbastanza. Le ordalie sono in generale unilaterali, salvo però quella del veleno spesso bilaterale (3): esse non sono le sole prove usate presso gli Africani. Post ricorda ancora la confessione che può talora esser estorta colla tortura, la testimonianza, ed una prova speciale che si desumerebbe dal trovare l'oggetto rubato presso un individuo qualsiasi, il quale non sappia nominare il ladro (4).

L'ordalia è però il mezzo più comunemente usato, sia per scoprire, che per convincere i delinquenti: quanto alla prova testimoniale si deve anzi osservare che gli esempi addotti da Post, ad eccezione di due o tre, si riferiscono a popoli che non appartengono alla razza negra, ma alla semita, od ai mediterranei. La scarsità di notizie a questo proposito, si può del resto

(1) N. u. I. LANDER, *Reise zur Erforschung des Nigers*, 1833, p. 239. WAITZ, II, 157. POST, *Ursprung*, 121.

(2) Ad es. WAITZ, I. c., II, 157. POST, *Afrikanische Jurisprudenz*, II, 98 e passim.: in generale poi tutti i viaggiatori (Cfr. anche RÉVILLE, *Les religions etc.*, I, 151).

(3) A mio avviso impropriamente Kohler chiama le ordalie bilaterali per il risultato, quando l'accusatore è punito, se l'accusato riesce a provare la sua innocenza, quando insomma si punisce la calunnia. Si noti a questo proposito che spesso dopochè l'accusato ha subito felicemente la prova del veleno, l'accusatore deve subirla alla sua volta per sfuggire alla *pœna temere litigantium*. WILSON, *West Africa*, 225, 227, in RÉVILLE, I, 100. BASTIAN, *Rechts verh.* 275.

(4) Questa prova, o meglio presunzione *iuris et de iure* contro il possessore di un oggetto furtivo, che non sa indicarne la provenienza, si trova pure nei diritti germanici, e nominatamente nel franco-longobardo. Mi basti a questo proposito rimandare ad un importante passo di Cesario Heisterbacense (+ 1240), *Dialogus miraculorum*, Colonie, 1851, v. I, p. 385.

spiegare anche colla nota tendenza dei viaggiatori a riportare di preferenza ciò, che pare più curioso e più in opposizione colle idee e costumanze dei popoli civili.

Secondo Post (1), il processo penale ed il civile mal si distinguerebbero fra di loro. È noto che altrettanto si disse pure del processo germanico. Comunque ciò sia, in quasi tutti i dati che ho raccolti sulle ordalie africane, parrebbe si tratti di giudizi penali, e nella maggior parte dei casi l'accusa è di stregoneccio, o di furto.

Le prove in uso sono parecchie, di cui ben poche possono dirsi esclusivamente africane. Passiamole brevemente in rassegna.

Per scoprire il reo, su cui non si hanno indizi, si ricorre spessissimo allo stregone. Secondo Réville (2) vi sarebbe una differenza essenziale fra il metodo seguito dagli stregoni negri e quello in uso presso i loro confratelli cafri, i primi si servirebbero cioè delle ordalie, questi invece, procuratosi uno stato di eccitazione e di furore profetico, denunzierebbero il preteso colpevole, che verrebbe poi sottoposto alla tortura, finchè confessi o muoia. La differenza è però insussistente, perchè presso i Cafri si usano ordalie, presso i negri talora lo stregone denunzia egli stesso il reo, che viene sottoposto poi alla tortura o, più spesso, ad un'ordalia.

I mezzi di cui si servono gli stregoni sono varii; spesso essi cadono in convulsione ed in questo stato designano il colpevole: o si pongono sul capo certe erbe, e pretendono poi di essere spinti verso la sua capanna, o si servono in vario modo di bastoni-feticci o di ossicini (3), o pretendono veder l'immagine del reo in uno specchio, o in una coppa d'acqua, su cui si agita una fiaccola (4), oppure leggerne il nome nelle linee, che tracciano fra gli scongiuri sopra una tavola liscia coperta di arena o di cenere (5), e via dicendo.

(1) *Afrik. Jurispr.*, II, 98.

(2) *Les Religions*, I, 151.

(3) D. and C. LIVINGSTONE, *Exped. to Zambesi*, p. 51.

(4) LENZ, *Skizzen*, 183. DU CHAILLU, *Ashango Land*, 173.

(5) HILDEBRANDT in *Zeitschr. für Ethnol.*, X, (1878), 388.

Descrivere partitamente le cerimonie ed i mezzi usati dagli stregoni, richiederebbe molte pagine. Citiamo solo alcuni esempi interessanti per i raffronti che si possono istituire (1).

Presso i Manganya, a testimonianza del missionario Rowley (2), uno stregone si servi per scoprire una ladra di due bastoni, creduti dimora di uno spirito, che passando per lo scongiuro nei quattro giovani, che li tenevano, li spingesse verso la capanna del reo.

Questi infatti, eccitati dalle contorsioni, e dalle grida dello stregone, e da due altri giovani che scuotevano sul loro capo una coda di zebra e una tabella, dopo pochi minuti furono colti da un tremito nervoso, che si cambiò in vere convulsioni, durante le quali, correndo all'impazzata fra gli sterpi, vennero a cadere sfiniti e coperti di sangue nella capanna d'una delle mogli d'un capo. Questa però, nonostante le proteste dello stregone, si purgò dall'accusa colla prova del veleno, somministrato per lei ad un gallo, che lo rigettò.

Vedremo una prova consimile in uso fra i mongoli quasi due secoli fa.

Il Mganga, o stregone dell'Africa centrale, per scoprire chi sia reo in una determinata famiglia, prende un pollo, l'apre, e ne esamina le interiora. Le macchie che vi si trovano dimostrano, secondo la loro posizione, la colpevolezza dei figli o parenti, della madre, della nonna, o della moglie (3).

È, come si vede, l'aruspicina usata ad altro scopo, di quello che lo fosse nell'antichità classica.

Oltrecchè allo stregone, si ricorre in Africa anche abbastanza frequentemente allo spirito dei morti, specialmente quando si tratti di scoprire chi è causa della loro morte.

(1) Per altri esempi, v. Post, *Afrik. Jurispr.*, II, 145 e seg. SCHNEIDER, I 225, 226, 229, 230, 232, etc. BASTIAN, *Rechtsverh.*, 357.

(2) *Universities Mission to Central Africa*, 217. Il fatto è distesamente narrato anche in Tylor, II, 203-205. Cfr. pure LANG, o. c., 184.

(3) BURTON, *Central Africa*, II, 32.

Così presso i Baghirmi (1), il cadavere è preso dagli stregoni per il capo: essi si sentono allora spinti quà e là, finchè arrivano alla capanna del colpevole. Altrove troviamo invece l'uso di dare a bere all'accusato in un cranio umano, come fanno i Wadigo (2), ed i Vanyamuesi.

Fra le altre ordalie ha specialissima importanza la prova del veleno, che è quella più generalmente usata (3).

Comunemente il veleno è preparato mescolando nell'acqua una polvere ricavata dalla scorza dell'*Erythrophlaëum Guineense* (4), talora però anche in altri modi, avvelenando ad es. il pane, o usando il legno di *odum* (come gli Ashanti).

Presso alcune tribù il veleno deve produrre la morte del colpevole, altrove gli cagiona invece vertigini o dissenterie, mentre l'innocente lo rigetta.

Talora chi ha bevuto il veleno deve compiere certe prove di destrezza, che non gli riescono mai, se i suoi sensi o le sue facoltà mentali sono turbate (5).

L'ordalia del veleno è spesso bilaterale, ed in questo caso è punito quello fra i contendenti che dimostra di soffrir più per la prova (6), ma di alcune tribù è detto, che abitualmente entrambi i contendenti soccombono (7), e questo fatto, se è vero, è la miglior prova possibile contro chi sostiene la tesi della frode degli stregoni, che dirigono le ordalie.

(1) KOHLER, *Studien*, 373. Una prova analoga è descritta in KOHLER, *Beiträge*, VI, 369, da CRUICKSHANK, p. 240 e WILSON, 231. Per altri esempi, cfr. anche BASTIAN, *Rechtsverhält.* 379, 402.

(2) HILDEBRANDT, I. c.

(3) Presso alcune popolazioni la prova del veleno è usata per i delitti capitali, quelle del fuoco e dell'acqua per i più leggieri. PETERS, *Zeitschr. für Allg. Erdkunde*, VI, 275, 287.

(4) Questo veleno, sperimentato recentemente a Berlino, è potentissimo anche in dosi minime. SCHNEIDER, I, 226.

(5) POST, *Afrik. Jurispr.*, II, 115-116. Da KOHLER, I. c., VI, 367 parrebbe che tali prove di destrezza siano in certi luoghi usate di per sé sole come giudizio di Dio. LENZ, *Skizzen aus Westafrika*, p. 186.

(6) POST, o. c., II, 125-126.

(7) POST, o. c., II, 117-118.

I viaggiatori, che hanno scoperto queste pretese frodi, parlano di veleno tenuto sotto l'unghia, di borse divise internamente in due parti, ecc. Ecco un esempio, in cui è descritto anche distesamente l'intera prova del veleno, e che è molto interessante (1). In Kamba, appena viene a morte una persona, gli amici e parenti radunati nella sua casa, chiedono ripetutamente al morto, gridando ad alta voce, quale è la causa della sua morte, e gli promettono di vendicarlo. Quindi dopo un grande banchetto funebre, che dura parecchi giorni, lo seppelliscono ed i più prossimi parenti ricorrono ad un indovino, che denuncia ordinariamente una persona, con cui egli od i parenti del morto abbiano inimicizia.

Allora uno di questi lo denuncia, ed accusatore ed accusato vengono sottoposti alla prova del veleno. Perciò entrambi tengono una coppa e lo stregone vi versa una certa bevanda molto usata nel paese: quindi prendendo una borsa di pelle dice: Chi è colpevole confessi, finchè è tempo, poichè egli *morrà immediatamente* quando io versi pur un granello della mia polvere nella sua bevanda. Dopo aver ripetuto tre volte la sua intimidazione, versa nelle due coppe un po' di polvere bianca, e circa venti minuti dopo uno dei due avversari si dibatte coi sintomi d'avvelenamento. Scrive il Magyar: *Ebbi occasione di sperimentare*, che la borsa dello stregone è internamente divisa in due parti, in una delle quali si trova farina di massambola, nell'altra un potente veleno, con cui l'accusato che non possa pagare è mandato all'altro mondo. Chi paga vien salvato con un contravveleno, quand'anche già si dibatta colla morte, ma non *mi riuscì ancora di sperimentare* come questo sia preparato.... Sempre che l'accusato neghi il suo delitto, lo si giurica colla descritta *bevanda del giuramento*, ma il buono o cattivo esito dipende sempre dall'artificio dello stregone, che secondo l'importanza del regalo favorisce questa o quella delle parti....

Quanto è prezioso il fatto in sè, tanto mi paiono poco degne di fede le scoperte e le esperienze del Magyar. Riguardo al

(1) *Die Reisen von L. MAGYAR in Sud-Afrika* in PETERMANN'S Mittheilungen, 1857, p. 197-198.

primo è da osservarsi la domanda fatta al morto e poi il ricorrere all'indovino; poichè l'indovino parla per ispirazione in uno stato di possessione spiritica, senza alcun dubbio si deve credere che il morto risponda per bocca sua.

La domanda, la promessa di vendicarlo, e probabilmente anche il banchetto funebre, sono diretti ad indurre il morto a svelare il colpevole.

Convinti dopo ciò i parenti, è necessario convincere anche il capo e l'intera comunanza, e perciò l'accusa e l'ordalia del veleno.

Quanto al resto della narrazione non regge all'esame: v'è contraddizione persino fra l'intimazione dello stregone (*morirà immediatamente*) e l'esito vero della prova. Il Magyar avrebbe fatto molto bene a dire come ha *sperimentato* che la borsa è doppia; per ora dubitiamo che in vece di *sperimentato*, vada letto: *sospettato*. E poi siamo sempre alla solita obbiezione, quando si compera il giudice, non può non cessare la fede nel giudizio.

Un viaggiatore Europeo, uno dei fratelli Lander, fu una volta costretto a sottoporsi alla prova del veleno a Badagey, nella regione del Niger, perchè accusato di tradimento da alcuni mercanti portoghesi. La bevanda doveva cagionargli la morte, se era colpevole. Poco rassicurato per la propria innocenza, il Lander, ritiratosi nella sua capanna, bevette gran quantità di acqua tiepida, e scongiurò così ogni pericolo (1). Anche qui frode da parte dello stregone non ci fu.

L'ordalia del veleno si usa pure per scoprire il reo fra parecchi accusati, ad esempio, tra le varie mogli sospette di stregoneccio; tutte bevono il veleno, e sono messe a morte quelle che risentono gli effetti indicati.

Talora la prova si replica, ed in questo caso è quasi sempre mortale (2).

(1) RÉVILLE *Les religions etc.*, I, 102.

(2) RÉVILLE, *o. c.*, I, 99.

Secondo il Réville (o. c., I, 100), prima di bere il veleno, l'accusato dovrebbe fare una specie di confessione generale: non ne ho però trovata menzione presso alcun altro autore.

Il veleno è talora somministrato ad uno schiavo, o ad un amico dell'accusato, o ad un'altra persona qualsiasi, pagata per ciò: si usa perfino costringere a berlo uno straniero qualunque (1). Questa prova per mezzo di campioni è specialmente usata quando le mogli dei capi siano sospettate di adulterio, ciò che accade molto frequentemente, tantochè a Loango invalse l'uso di ricorrere all'ordalia regolarmente ogni qualvolta una moglie del re sia gravida (2).

Si usa pure dare il veleno ad un animale, in generale ad un cane, o ad un gallo: così presso i Barotse, i Batoka, i Wanyamuesi, se però il popolo non esige che sia dato all'accusato in persona, ciò che farebbe supporre, che la sostituzione dell'animale all'uomo si faccia solo per evitare a quest'ultimo la morte quando il reato non sia grave.

In Unyoro si dà il veleno a due polli, di cui uno rappresenta l'accusato, l'altro l'accusatore.

Possono, fino ad un certo punto, unirsi all'ordalia del veleno certe altre prove, che consistono ad esempio nel fare che i sospetti immergano la faccia in un'acqua, che deve far gonfiare gli occhi ai colpevoli, o nello spruzzar loro gli occhi con certe sostanze, decidendo poi della colpa secondochè lacrimano o non, oppure secondochè l'accusato può o non raccogliere alcuni granellini sparsi per terra.

Si usa anche versare sulla pelle dell'accusato un caustico composto di sostanze vegetali.

Presso i Wanika, a quanto osservò Krapf (3), l'accusato deve trangugiare un piccolo pane, od un po' di riso avvelenati. Se egli è innocente, lo fa con facilità, se colpevole il cibo gli resta nella gola, e finisce col doverlo sputare con grandi dolori ed emorragie.

(1) FINSON, p. 358.

(2) POST, *Afrik. Jurispr.*, II, 126, 127.

(3) *Reise in Ostafrika*, (1858), I, 342.

Ognuno ricorderà qui l'ordalia indiana del riso, ed il *judicium offæ* del medioevo. Troviamo aggiunto il veleno, o meglio una materia irritante qualsiasi, che rende più difficile la deglutizione.

L'ordalia del riso è invece usata nella sua purezza, cioè senza il veleno, dai Waswaheli (1).

Le ordalie del ferro, o altro metallo od oggetto incandescenti e dell'acqua, od olio bollenti, sono pure usate spesso ed in vari modi. Così in Angola l'accusato prende in mano un carbone acceso: a Sierra-Leone il ferro infuocato, come si usava nell'Europa medievale; oppure il sacerdote gli passa tre volte un braccialetto di rame incandescente sulla lingua (2). L'uso di passare così un oggetto incandescente sulla lingua o costringere l'accusato a leccarlo, è comune a parecchie tribù. Lo trovo ad esempio presso i Joloffi (3), i Waswaheli (4), in Benim (5), ed altrove.

Talvolta l'anello, la scure, o un coltellaccio infuocati si passano sulla mano, o sulla gamba dell'accusato. A Loango, dove è in uso l'ultima prova, si esige che il coltello si raffreddi immediatamente (6). Secondo Bastian (7), la prova avviene talora così. Lo stregone fa riscaldare il coltello, lo passa sulla propria mano, quindi su quella di tutti i sospetti, scoprendo per tal modo il colpevole.

Anche le prove dell'acqua e dell'olio bollenti si compiono in modi diversi.

Presso i Mandingos (8) tutti i sospetti immergono la mano nell'acqua bollente, presso i Kru (9) ed altrove nell'olio.

(1) HILDEBRANDT, l. c.

(2) WINTERBOTTOM, *Sierra-Leoneküste (übers)*, 1805, p. 172.

(3) MOLLIN, *R. in das innere von Afrika*, 1820, p. 52.

(4) HILDEBRANDT, l. c.

(5) DU CHAILLU, *Equatorial Afrika*, 1861, p. 269.

(6) BRUNS, *Erdbeschreibung von Afrika*, IV, 82.

(7) *Die deutsche Expedition an der Loangoküste*, (1884-85). Citato da Post.

(8) MOORE, *Travels into the Inland Ports of Africa*, (1742), p. 136.

(9) WILSON, *West-Afrika (übers)*, 1862, p. 100.

In generale però si deve togliere dalla caldaia un oggetto qualunque, un anello (Bakalai) (1), una testa di serpente (Sierra-Leone) (2), ecc.

Una prova speciale in uso presso i Wanika (3) e che si può raggruppare con queste, consiste nel far riscaldare una caldaia di rame vuota, in cui il sacerdote getta una pietra mandante faville (Mango, pietra focaia?) e una certa parte di una capra immolata. L'innocente può ritirare la pietra, il colpevole si scotta mani e faccia. Presso queste stesse tribù, il sacerdote trapassa talora le labbra dell'accusato con un ago infuocato, e, se ne scorre sangue, la colpa si ritiene provata. (Op. cit. l. c.).

La stessa ordalia è in uso presso i Waswaheli (4); un ago da cucire non infuocato, e con un lungo filo, è passato attraverso il labbro inferiore della persona sospetta; se questa è colpevole, grida per il dolore, ed ago e filo escono insanguinati.

La prova dell'acqua fredda è pochissimo usata in Africa, ed in modo diverso da quella conosciuta nell'Europa medievale, e fra gli altri popoli selvaggi. L'unica testimonianza, che io conosca, è in Bosman, viaggiatore dei primi anni del secolo scorso, citato da Post (5). Secondo questo viaggiatore v'era in Whydah (Costa d'Oro), in vicinanza del palazzo reale, un fiume, in cui si gettavano gli accusati, i quali erano giustificati, se riuscivano a raggiungere nuotando la sponda. Anche in Benim, narra lo stesso scrittore, v'era un fiume che serviva alle stesse prove.

Gli scrittori moderni ricordano invece un altro genere d'ordalia, usato anche presso popolazioni d'altra razza, e che consiste nel far passare l'accusato per un fiume o un braccio di mare, in cui abbondino i cocodrilli o i pesci cani (6).

Così ad es. in Bonny (7), l'accusato deve passare in una piccola cala, in cui giornalmente si dà il pasto ai pesci cani sacri.

(1) DU CHAILLU, o. c., l. c.

(2) WINTERBOTTOM, o. c., l. c.

(3) KRAFF, o. c., I, 342.

(4) HILDEBRANDT, l. c.

(5) *Afr. Jurisp.*, II, 123-124.

(6) WAITZ, *Anthrop.*, II, 157, e gli autori ivi cit.

(7) READE, *Afrikan sketchbook*, 1873, I, p. 50.

Si può aggiungere a questa prova, come ispirata allo stesso principio, quelle in uso nella città, già ricordata, di Whydah e nel Dahomey, in cui gli accusati sono presentati ai serpenti sacri, tenuti in mano dai sacerdoti. L'esserne morsicato, si ritiene come prova della colpa (1).

Il duello non si riscontra presso gli Africani, usato quale giudizio di Dio (2). Così almeno crede Post. Egli stesso riporta però una curiosa forma di duello usata in Kordofan, la quale può citarsi come esempio di quella famosa *legge del combattimento*, di cui parlano Darwin ed i suoi seguaci (3). Spesso gli innamorati si sfidano fra di loro a duello, e perciò, armatisi ciascuno di una frusta di pelle di ippopotamo e nudi, si danno alternativamente un colpo, finchè uno dei due, vinto dal dolore o dalla stanchezza, getta la frusta: allora gli avversari si stringono la mano, e fanno la pace bevendo un bicchiere di *merissa* (4). Sono esclusi i colpi alla testa.

Certo non si tratta qui di un giudizio di Dio, nè pare che il duello abbia altro scopo fuori dell'ostentare la propria forza e robustezza, ma l'ho ricordato, perchè le formalità che vi si osservano hanno esatto riscontro in quelle, che vedremo usate altrove in veri duelli giudiziarii.

Gli abitanti di Marghi si servono come giudizio di Dio del combattimento fra due galli, che vengono appositamente aizzati a combattere sulla sacra rupe di Kobschi (5). Si crede che la divinità, oltre al dare il suo giudizio, rendendo vincitore l'uno o l'altro dei galli, punisca ancora il colpevole in altro modo.

Ricordiamo infine alcune altre ordalie, il cui uso pare ristretto a singole tribù.

Presso i Waswaheli (6), l'accusato pone la mano attraverso alla spaccatura di un bastone: se è colpevole, non può ritirarla

(1) WILSON, o. c., p. 152, 207, in RÉVILLE, I, 66. Si veda anche la prova cui sono sottoposti i neonati presso gli Psylli d'Africa (Pl. N. H. VII. 2).

(2) POST, *Afrik. Jurisp.*, II, 23.

(3) Cfr. LETOURNEAU, *L'évolution du mariage*, p. 13 e passim.

(4) PALME, *Kordofan*, p. 38. Per usanze analoghe v. POST, *Anfängen*, p. 205.

(5) BARTH, *Reisen in Nord und Central Afrika*, 1857, II, 647.

(6) HILDEBRANDT, I. c.

se prima non confessasse (1). Quando due persone siano sospette, si usa pure quest'altra prova. I due accusati congiungono ciascuno la punta dell'indice della loro mano destra. Nel punto di contatto, è sospesa coll'uncino una leggera cocoma per il tè. Lo stregone recita allora una preghiera, durante la quale i colpevoli debbono perdere le forze, e lasciar cadere la cocoma.

A Banza Baka, in una parte oscura del tempio del Dio Quiri, sorge un altare, su cui le parti contendenti pongono la mano; allora il colpevole riceve sul capo un colpo violento, che talora gli cagiona la morte.

Abbiamo già detto, che il giuramento presso gli Africani è talora un giudizio di Dio, perchè si crede che il feticcio punirebbe di morte immediata lo spergiuro (2). Pare per altro, che esso di rado sia usato come mezzo di prova (3), e perciò non ci dilungheremo a descriverne le varie formalità.

5. — Dalla razza negra passiamo all'oceanica, che comprende gli Australiani, gli Iperborei (od Artici), e gli Americani.

La razza australiana, secondo Müller (4) ed altri, forma l'infimo gradino della scala sociale; si è anzi disputato, se essa abbia o no idee religiose, ma la risposta affermativa deve ormai essere accolta senza esitazione (5).

Le ordalie in uso presso gli Australiani si restringono; almeno per quanto mi consta, a varie forme di interrogare il defunto sulla causa della morte, (che mai, o quasi mai, è tenuta per naturale), ed in una specie di duello, se pur questo è considerato come giudizio di Dio. Frequentemente si usa la seguente ordalia. Si pone il cadavere in una bara, detta Tirkatti, cioè *quella che conosce (die Wissende)*, e gli si fanno varie domande: Qualcuno

(1) Questa prova ha qualche somiglianza colla leggendaria *bocca di verità*, di cui diremo a suo luogo.

(2) CRUIKSHANK, *Goldküste* (1834), p. 122. ISERT, *N. Reise nach Guinea*, 1790, 177. Nel giuramento si mangierebbe o berrebbe un feticcio, (*das in Fetisch-essen oder trinken besteht*), ciò che conferma quanto si disse sopra pag.

(3) FUST, *Afrik. Jurisp.*, II, 127.

(4) *Allg. Ethnog.*, p. 207. — RÉVILLE, *Les religions*, II, 144 seq. Dissentono alcuni tra cui Darwin e Gerland.

(5) RÉVILLE, *o. c.*, II, 149 seq.

ti ha colpito nel sonno? Lo conosci? È egli questo o quest'altro? Se la bara si muove, la risposta è affermativa, se no, si continuano le interrogazioni. Si crede che Kuinyo, Dio della morte, produca i movimenti (1).

Talvolta il feretro è sostenuto da parecchie persone, le quali sentono una scossa non appena vien nominato il colpevole; questi anzi, se presente, è colpito dalle barre che servono ai portatori.

Quando non vi siano indizi anteriori, si osserva la direzione che prende una mosca od uno scarabeo, posto sulla tomba, o le screpolature che compaiono per avventura in essa, o la direzione del fumo, quando si abbrucia il cadavere. In questa direzione deve cercarsi il colpevole (2).

Tutte queste superstizioni dipendono evidentemente dalla credenza nella vendetta dei morti, le cui anime perseguitano gli uccisori.

Quanto all'ultima ordalia è da notarsi che gli Australiani considerano l'anima come il soffio, il respiro dell'uomo, che può staccarsi da lui (3) e che nella credenza di molti popoli (4), anche in condizioni di civiltà incomparabilmente superiori a quelle in cui si trovano le popolazioni, di cui ci occupiamo, l'anima del morto è portata al cielo nella colonna di fumo e di fuoco che si eleva dal rogo.

Le controversie private sono spesso decise col duello, in presenza dei comuni amici. Allora uno qualsiasi dei contendenti tende il capo all'avversario e riceve un forte colpo di massa, poi le parti s'invertono e ciò fino a che uno dei due cade tramortito, oppure l'offensore si decide a risarcire l'offeso (5).

In modo affatto identico si definiscono anche le controversie fra le varie tribù. In Tasmania ed in Australia, scrive il Letour-

(1) TRICHELMANN and SCHÜRMAN, *South Australia*, 1846, p. 51.

(2) MÜLLER, O. C., 214. — SMYTH, *The aborigines of Victoria*, I, p. XXVII, 102, 110, II, 289. OLDFIELD in *Trans. Ethn. Soc.*, III, 246.

(3) RÉVILLE, O. C., II, 157.

(4) V. ad es. per gli Slavi TIELE, p. 193, per gli Indiani SCHLAGINTWEIT, p. 12.

(5) HALE, *Ethn. and Philol.*, (1846), p. 114. — DAWSON, *Present State of Australia*, (1830), 64, 287. — KÖLER, *Die Eingebor. des St. Vincentsgolfes. Monatsber. der geograph. Gesell. zu Berlin*, III, 47 (cit. in WAITZ u. GERLAND, VI, 795).

neau (1), la guerra leale è, od era, una specie di duello. I due partiti si schieravano in faccia l'uno dell'altro, ed i combattenti uscendo uno per volta dalle due schiere, si lanciavano scambievolmente i loro giavelotti. Finita la serie dei duelli, la tribù più maltrattata si dichiarava vinta, oppure si ricominciava la prova colla clava. Ogni combattente doveva dare e ricevere un sol colpo, sempre diretto alla testa, e che non era permesso di parare.

Un tal modo di procedere sarebbe così radicato nel costume di quei popoli, che spesso si videro gli indigeni dare armi agli Europei, prima di attaccarli.

Questa specie di diritto internazionale, che è ben strano trovare in popolazioni così lontane dalla civiltà, nasce probabilmente dagli intimi rapporti (2), che legano fra loro le tribù australiane, sia che esse si considerino discendenti da uno stesso stipite, sia che conservino memoria di alleanze od imprese, compiute in comune. Se poi in queste specie di duelli si manifesti anche, almeno in parte, e più o meno distintamente, il concetto dell'intervento divino, o se vi si debba vedere solo una guerra pubblica o privata contrattualmente regolata, è ciò che gli autori non dicono, e che in mancanza di materiali non saprei giudicare.

6. — Molte popolazioni sono riunite dal Müller sotto il nome di Artici od Iperborei, senza che egli stesso osi affermarne con sicurezza l'unità di discendenza e di razza, viste le scarse notizie che se ne hanno. Naturalmente anche le istituzioni giuridiche sono poco o punto conosciute.

Pure sappiamo che gli Ainos costringevano altre volte le donne accusate di adulterio ad immergere il braccio nell'acqua bollente. Gli Eschimesi, che appartengono pure a questa razza, hanno una

(1) *Sociologie*, p. 176, sulla fede di Bonwick, *Daily Life and origin of the Tasmanians*, p. 44. *Souvenirs d'un déporté* in *Revue Britannique* 1826.

(2) Su questi in generale e specialmente sulle grandi assemblee, in cui si radunano le tribù australiane per feste religiose, per scambiare i loro prodotti, per cacciare in comune, o per concludere alleanze, o consigliarsi reciprocamente sulle guerre, cfr. WAITZ u. GERLAND, VI, 791.

procedura speciale stranissima in apparenza, ma che potrebbe benissimo trovare la sua spiegazione nelle stesse credenze, da cui nasce a mo' d'esempio, il giudizio di Dio della cocoma di tè presso i Waswaheli, e la prova della croce del medio evo.

Colui che si crede leso ingiustamente compone una poesia satirica in cui rimprovera all'avversario la sua ingiustizia, e la fa imparare a memoria da tutti i suoi parenti e famigliari. Ciò fatto, avvisa tutto il vicinato che egli intende cantare contro l'avversario, e quando tutti si sono riuniti in un luogo determinato, recita la sua satira ballando al suono del tamburro con tutti i suoi, che ripetono cantando ogni verso. L'avversario gli risponde nello stesso modo, e la tenzone poetica dura così finchè una delle parti si stanca di rispondere, e dà per tal modo vinta la causa all'altra (1).

7. — La terza grande suddivisione della razza oceanica comprende gli indigeni dell'America, la cui civiltà ebbe però uno svolgimento affatto indipendente da quella degli altri popoli affini, poichè, secondo una congettura seguita anche dal Müller (2), essi non conoscevano ancora il linguaggio, quando già s'erano separati dagli Australiani ed Iperborei.

Centri della cultura americana, per cause, che non è qui il luogo di esporre, furono il Messico ed il Perù; in altri luoghi invece, la razza rimase allo stato selvaggio. In generale le differenze fra le varie popolazioni dell'America sono grandissime, e le notizie scarse e poco sicure. Troviamo presso i Messicani, che la prova principale consisteva nel giuramento di purgazione e nei testimoni. Il giuramento si pronunciava toccando colle dita la terra e poi la propria lingua, e si aveva viva fede nella punizione dello spergiuro (3). Nel Perù i rei stessi spesso spontaneamente confessavano la loro colpa per timore della collera divina; v'era del resto in grande onore l'arte degli indovini (4)

(1) F. MÜLLER, o. c., 239-240. SPENCER, *Princip. de Sociol.*, IV, 423. DECLAREUIL in *Nouv. Rev. Histor.*, (1889), p. 169. Sugli effetti soprannaturali attribuiti alla satira presso i Celti cfr. A. DE IUBAINVILLE, *Le D. celtique*, 1881, p. 106.

(2) O. c., p. 249.

(3) WAITZ, o. c., IV, 84.

(4) O. c., IV, 415, 460.

che potrebbe anche essere stata applicata a scoprire i delinquenti. A Costarica, la principal prova era un giuramento *sui proprii denti* (?) (1). Il vero giudizio di Dio non è sconosciuto affatto ai selvaggi americani, ma ne trovo pochi esempi. Solo è molto diffuso l'uso di ricorrere allo stregone (*pajè, machil*), perchè colle sue arti magiche scopra il reo.

Così ad esempio, attesta Martin (2), è grandissima la parte del Machil nella procedura degli Indiani: in caso di furto, d'incendio, di stregoneccio, si ricorre sempre a lui perchè scopra l'ignoto colpevole. Il Machil allora porta un cristallo o un pezzo di vetro, detto Chayanco, poi gira misteriosamente intorno al focolare, mormorando scongiuri inintelligibili. Allora conviene cattivarsi con regali il Chayanco (certo considerato come un feticcio), o almeno festeggiarlo con libazioni di bevande spiritose, ed infine dopo lunghe preparazioni si vede in esso una figura o un segno, da cui si conosce chi sia il reo.

Guai al disgraziato, continua l'autore citato, su cui cade per tal modo il sospetto. Durante più generazioni egli ed i suoi vengono considerati come nemici della famiglia danneggiata e sono esposti alle sue vendette. Usanze simili si riscontrano in generale presso tutte le popolazioni dell'America del Sud; così presso gli Araucani (3), i Chiquitas (4), gli indigeni del Brasile, ecc. Presso questi ultimi, scrive v. Martius (5), il *pajè*, ingannatore ed ingannato allo stesso tempo, come preteso mediatore degli spiriti, compie l'ufficio di legislatore, di giudice, e di agente di polizia. Del resto già il Lafiteau (6) aveva osservate le molteplici attribuzioni dello stregone americano, fra cui quella di scoprire le cause delle malattie, le cose rubate, i malefici, ecc., ed

(1) O. c., IV, 350.

(2) *ü. die Eingeborenen von Chiloe. Zeitschr. für Ethn.*, 1877, p. 178.

(3) OCHSENIUS, *Chile*, p. 123.

(4) DOBRIZHOFFER, *Geschichte der Abiponer*, II, 333, (*aus dem latein.* Wien 1783-84).

(5) *Von dem Rechtszustande unter den Ureinwohnern Brasiliens.* München, 1832, p. 31.

(6) *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*, (2 vol.), Paris, 1724, I, 373.

aveva caratterizzato il modo con cui procedeva col nome di *divination par l'enthousiasme*.

Su altre forme di giudizi di Dio non ho trovato che pochissime notizie. Secondo Bastian (1), si userebbe in America come in Africa ricorrere al morto stesso per conoscere chi è causa della sua morte. I Chibcas danno o davano a mangiare del pepe alla donna accusata d'adulterio, riputandola pienamente purgata da ogni sospetto, se sopportava la sete per alcune ore dopo la prova (2), ma qui si tratta forse più di tortura che d'ordalia.

Si potrebbero anche vedere le ultime tracce di un giudizio di Dio nell'antico costume dei Peruviani, che, fra le cerimonie del giuramento, usavano mangiare un pane impastato dalle vergini del sole, oppure una focaccia consacrata (3).

Le forme di un duello regolare sono sconosciute ai selvaggi americani; almeno lo afferma v. Martius (o. c., 77) per i Brasiliani; egli stesso però, ricorda il duello come mezzo per decidere fra due che aspirino al grado di condottieri supremi, quando la scelta resti incerta (o. c., 22), ed altrove descrive le prove, cui si sottoponevano a gara i giovani per ottenere la mano delle loro belle: era preferito chi portasse o lanciasse più lontano un pesante ceppo, o chi lo raccogliesse correndo. Tali prove erano in uso presso i Chavantes (o. c., 58, 59), ma esse certo non costituiscono un giudizio di Dio, bensì si riannodano ad altre di cui già parliamo. Non erano neppure giudizi di Dio certi duelli, che, secondo Lafiteau si facevano fra guerrieri di tribù diverse, quando cominciassero a sorgere fra esse dissapori, probabilmente allo scopo di dimostrare il proprio valore ed intimorire gli avversari.

8. — Lasciando gli Americani, passiamo ora alle grandi razze asiatiche. Di queste, l'orientale comprende Malesi e Mongoli. I Malesi si suddividono in Malesi propriamente detti, Polinesi e

(1) *Rechtsverh.*, 402.

(2) ANDRÉ. *Globus* XXIX, p. 40. — SCHLÖSSER u. SELER, *Die ersten Menschen und die Prähist. Zeiten mit besond. Berücks. der Urbewohn. Amerikas*, 1884 p. 324.

(3) BASTIAN, *Die Culturländer des alten Amerikas*, I, 553, 561.

Melanesii (1). I primi furono più esposti a contatti cogli stranieri, in ispecie cogli Ariani, e ne risentirono l'influenza tanto nella lingua quanto nei costumi. Per contro, i Poli-Melanesi, che non progredirono gran fatto (2), ci rappresentano meglio lo stato primitivo della razza. Le ordalie in uso presso i Malesi sono ben conosciute specialmente per merito del Wilken (3); esse come già abbiamo osservato, presentano sorprendenti analogie con quelle usate dai popoli ariani, probabilmente per l'influenza che questi esercitarono sui Malesi.

Troviamo infatti la prova della caldaia, piena d'acqua o d'olio bollente, da cui si toglie un oggetto qualunque, spesso un anello; la prova del ferro rovente, che presso certe tribù, è passato sulla lingua dell'accusato (4); il duello coi coltelli o coi giavelotti, anche fra campioni, e perfino nella forma di duello fra un uomo e una donna; il giuramento sulle antiche tombe, che è vero giudizio di Dio, perchè vi si ha riguardo agli effetti del giuramento (5); infine la prova dell'acqua fredda, che è talora bilaterale, talora unilaterale. Essa però, anche in questo caso, si scosta alquanto dal modo, in cui la vediamo usata, dai popoli germanici e s'avvicina invece alla corrispondente ordalia indiana, poichè l'accusato presso i Malesi deve rimanere sotto acqua finchè siano compiute le pratiche rituali.

La prova dell'acqua fredda serve anche come mezzo d'inchiesta. Eccone un curioso esempio. Presso i Tagala, tutte le persone sospettate per un furto commesso, sono invitate a recarsi insieme in un determinato luogo, portando con sè un pic-

(1) La divisione dei Malesi dai Poli-Melanesi sarebbe cominciata, secondo F. Müller, circa l'a. 1000 a. C., molto prima secondo Gerland (in WAITZ u. GERLAND, v, 2, 215).

(2) MÜLLER, o. c., 321-326.

(3) *Hed Strafrecht bij de volken van het maleische ras* (nei *Bijdragen tot de taal land en volkenkunde van Nederlandsch-Indie*, 1883, p. 85-152), pag. 141 seq. (Recens. di KOHLER in *Zeitschr. für vergleich. Rechtswiss.*, 1884, pag. 458-462).

(4) Così presso i Lampong (Sumatra), WAITZ u. GERLAND, v, 1, 149.

(5) È tanta la fede nella punizione terribile dello spergiuro, che i Battas di Sumatra amano meglio che il delinquente resti impunito, anzichè esporlo alla vendetta degli Dei per un falso giuramento. WAITZ u. GERLAND, l. c., p. 189.

colo fascio d'erba. I fasci vengono gettati confusamente in un mucchio, quindi il padrone vi cerca l'oggetto rubato: se lo trova tutto è terminato, se no, gli accusati si gettano nell'acqua e chi prima compare alla superficie, è punito come colpevole del furto (1). Usanze analoghe troveremo pure presso gli Indiani.

Oltre queste prove, che più o meno si riavvicinano a quelle dei popoli indo-germanici, i Malesi ne usano altre affatto peculiari. Così desumono la prova della reità o dell'innocenza osservando gli ultimi movimenti d'un pollo morente, oppure i due avversari gettano ciascuno un pezzetto di sale nell'acqua, e vince colui, il cui sale dura più a lungo senza sciogliersi, od infine accendono due ceri, e danno vinta la lite a colui, il cui cero si spegne ultimo. L'accusato usa anche immergere un dito nella resina liquefatta.

Presso gli Igorroti, abitanti le isole Filippine, ma di razza mista fra la malese e la cinese-giapponese, si graffia il capo ai due avversari con un ago di ferro: perde colui a cui esce sangue in maggior abbondanza. Si usa pure bruciare due polli sopra un piccolo rogo, fino a che stiano per morire: allora si aprono, e si osserva il fiele. Il padrone del pollo, che lo ha più grosso, perde la lite (2).

Ordalie speciali sono in uso nell'isola di Madagascar, in cui la razza dominante è la malese, mentre gli indigeni appartengono alla razza negra africana (Cafrì). Di queste ordalie alcune sono quasi le stesse che abbiamo viste fra gli Africani. Così la prova del veleno (3), usata frequentemente anche nelle cause civili, l'ordalia della caldaia bollente, da cui si toglie una pietra; l'ordalia dei cocodrilli, che consiste nel far attraversare all'accusato un fiume in cui questi animali si trovano in abbondanza;

(1) Post, *Ursprung*, 125.

(2) BLUMENTRITT in PETERMANN, *Monatsheft. Ergänz.* xv, 30.

(3) VINSON, *Voy. à Madagascar*, 1865, 293. — SIRREE, *Madagascar (übers.)*, 315, 317-318 — Post, *Ursprung*, 128-129. — LEGUÉVEL DE LACOMBE, *Voy. à Madagascar*, Paris 1850, I, 233. La prova del ferro infuocato consisterebbe nel camminare sul ferro rovente a piedi nudi. Il veleno preparato col *tanghem* produce la morte del colpevole. — Questa prova doveva essere usata tanto frequentemente, che il nome di *tanghem* è dato genericamente a tutte le ordalie.

quella del ferro rovente, ecc. Altre prove paiono ristrette al Madagascar: tali sarebbero, l'ordalia dell'acqua versata nel naso all'accusato, che starnuta se colpevole, ed un'altra ordalia che si compie in questo modo: si batte tre volte la terra con un bastone davanti all'accusato, poi gli si strappano tre volte alcuni capelli e si gettano in aria pronunziando scongiuri, il colpevole a questo punto comincia a tremare e a rigettare (1). Ciò si riannoda alla fede negli scongiuri, di cui già abbiamo parlato. Quanto alla prima ordalia, ricorderemo che lo starnuto, come lo dimostrano ampiamente gli esempi addotti da Tylor (2), è considerato da quasi tutti i popoli selvaggi, e nominatamente anche da certe tribù cafre, come prodotto da spiriti, che entrano nell'uomo.

I giudizi di Dio dei Poli-Melanesi differiscono assai da quelli or ora esposti. Lo stregone è frequentemente incaricato di scoprire egli il reo, e lo fa servendosi all'uopo di vari mezzi: così ad es. nelle isole Sandwich, pretendeva di vedere il ritratto del colpevole sulla superficie dell'acqua o durante il sonno fatidico, in cui cadeva dopo lo scongiuro (3), oppure recitava preghiere mentre l'accusato accostava la mano ad un vaso d'acqua, la quale s'increspava se era colpevole (4). Nelle isole Viti (Melanesi) si ricorreva ad arti magiche per scoprire i ladri (5); vi erano in uso anche certe pratiche, che sarà utile ricordare, quantunque non entrino intieramente nel nostro tema. Quando un uomo fosse fortemente indiziato, ma persistesse nella negativa, il capo agitando al disopra di lui un panno, e facendolo poi inchiodare alla propria piroga pretendeva di poterne imprigionare l'anima; il colpevole colto da terrore finiva quasi sempre per confessare (6).

(1) SIBREE, o. c., 318, 319.

(2) *Civil. prim.*, I, 114, seq. Così il Zulù (Cafro) dopo lo starnuto dice: Ora io sono benedetto, lo spirito degli antenati è con me, egli è venuto a me. Che io mi affretti a glorificarlo, poichè è causa del mio starnuto. Altrove lo starnutare è invece di cattivo presagio.

(3) ELLIS, *Polynes. Researches*, 1832, I, 379, III, 127, IV, 293.

(4) WAITZ u. GERLAND, VI, 226 (Havai).

(5) MALDONALD in WAITZ, VI, 662.

(6) WILLIAMS and CALVERT, *Fij and the Fijians*, 1870, I, 250.

Altrove i sacerdoti imprecavano contro gli autori ignoti del furto, invocandone la morte dagli Dei; poscia il re faceva divulgare la notizia del reato commesso, e della maledizione lanciata, e spesso il colpevole moriva per la paura (1). In questi casi non si tratta di giudizio di Dio, ma semplicemente di scongiuri e pratiche superstiziose dirette ad ottenere dalla divinità stessa la punizione del colpevole; ciò ci conferma viè più nell'ipotesi esposta nell'introduzione, sulla genesi della idea della divinità vindice del diritto.

La stessa fede nell'efficacia dello scongiuro fa del giuramento una vera ordalia. In Tonga si giurava sopra una coppa di Kava, consacrata alla divinità, ed espressamente destinata a quest'uso; in Samoa sopra una pietra sacra, o sovra una noce di cocco, e siccome il toccare questi oggetti doveva produrre la morte immediata del colpevole di spergiuro, così chiunque esitava, era ritenuto per reo (2).

Per scoprire i ladri, i Polinesi usano anche la sorte (3); gli abitanti delle isole Samoa si servivano invece di una noce di cocco, che si faceva girare in mezzo a più persone sedute in circolo. Era ritenuto colpevole colui, cui il frutto presentava fermandosi la sua parte superiore, la così detta *monkey-face*. Ora questa prova non si fa che per giuoco (4).

Ricordiamo per ultimo, che a Tonga l'accusato deve talora attraversare a nuoto un braccio di mare infestato dai pesci cani (5), che sono considerati come ministri di Tuaraatai e Rua-hatu, principali divinità marittime della Polinesia (6), e che i Melanesi della nuova Caledonia, oltre la prova dell'acqua bollente e dell'acqua fredda, hanno uno speciale giudizio di Dio, di cui non so ben rendermi conto, ma che consiste, pare, nel-

(1) JARVES, *Hist. of the Sandwich Islands*, 1843, 36. — Cfr. TURNER, o. c., 293. In Samoa i ladri vengono maledetti pubblicamente e privatamente.

(2) MARINER, *Tonga Islands*, 1818, I, 155. — TURNER, *Nineteen years in Polynesia*, 1861, 241, 118.

(3) POLAK, *New Zealanders*, 1830, I, 270.

(4) TURNER, o. c., 214.

(5) MARINER, o. c., II, 221.

(6) TYLOR, o. c., II, 357.

l'alzar in alto, e poi lasciar cadere l'accusato (*durch Emporziehen, und Fallenlassen*) (1).

A Taiti l'uomo colpevole d'assassinio era assalito dagli amici del defunto; se era vinto, la sua casa e tutti i suoi averi divenivano proprietà degli assalitori, e reciprocamente (2). Pare però che si tratti qui di una guerra privata, non d'un giudizio di Dio.

9. — La razza mongola, di cui ci conviene ora parlare, comprende popolazioni diversissime quanto alle condizioni di civiltà, dalla China e dal Giappone, fino alle rozze tribù dei Samoiedi ed Ostjaki, viventi dei prodotti della caccia e della pesca.

L'ordalia pare sia solo sconosciuta nella China, le cui antiche leggi, a quanto attesta Plath (3), non fanno neppure menzione del giuramento di purgazione e della tortura (4). È invece stabilito con prescrizioni minute, che il giudice tenga conto del tuono di voce dell'accusato, del suo arrossire od impallidire, del suo respirare più o meno liberamente, del suo sguardo franco o turbato, e via dicendo.

Il vero giudizio di Dio si trova nel Giappone, come attestarono fin dal xvi secolo i missionari, ed attestano i viaggiatori moderni.

I Jemmaboes di Khuamano danno a bere all'accusato acqua, nella quale fu immersa una carta scritta a geroglifici (*Vögelcharaktern*) (5), il reo ammala e non guarisce se non dopo aver confessato.

(1) WAITZ, VI, 662, da ROUGEYRON, *Nouv. ann. des voyages*, 1848, 3, 98.

(2) COOK, *Trois. voy.* (*Hist. Univ. des voyages*, x, 249).

(3) *Gesetz und Recht im alten China nach Chines. Quellen*, 1865, p. 97. (*Aus den Abhandl. der k. bayer. Akad. der Wiss. I. Cl. x. B. III. Abth.*). Secondo KOHLER (*Rechtsvergl. Studien*, p. 208), resterebbe però traccia delle ordalie in alcune formalità che accompagnano i giuramenti solenni. Cfr. *Zeitschrift für vergl. Rechtsw.*, VI, 349.

(4) Pure la tortura è senza dubbio usata in China, e nulla ci permette di crederla introdotta da poco. GILES, *Chines. Skizzen*, 1878, p. 179. KLATSCHER, *Bilder aus dem chines. Leben*, 1881, p. 24.

(5) BASTIAN, *Mensch etc.*, 210. Cfr. POST, *Ursprung*, 125.

Si usa anche la prova del fuoco, dell'acqua bollente (1) e del ferro infuocato. A proposito di quest'ultima, narra il padre Froes (2) come vi fosse sottoposto con felice esito un cristiano accusato di furto. È interessantissimo il modo con cui si compieva la prova. L'accusato scriveva sopra un foglio di carta il giuramento di purgazione, poneva poi il foglio sulla propria mano, e sul foglio si collocava il ferro infuocato. Allora, stringendo il ferro, l'accusato invocava sopra di se la collera di Chamis, nel caso che egli fosse colpevole. Il cristiano si era però rifiutato dal seguire queste pratiche pagane ed aveva solo segnata la carta con una croce.

Nel Tonchino, quando una vedova od una ragazza partorisce, e colui, che essa indica come padre, nega di esserlo, si trae una goccia di sangue da lui ed una dal bambino. Se le due gocce, poste vicine l'una all'altra, si confondono rapidamente, la paternità è provata (2).

Presso i Siamesi, accusatore ed accusato camminano sopra tizzoni ardenti, o immergono la mano nel piombo fuso (3).

Le ordalie, salvò il giuramento, sono sempre bilaterali nel diritto birmano (4). Questo diritto conosce le ordalie dei due ceri, dell'acqua fredda, del riso e del piombo fuso, del giuramento. Nella prima si accendono due ceri di egual lunghezza, e ciascuno degli avversari si riempie la bocca con una certa quantità d'acqua: perde colui il cui cero si spegne prima, o che è costretto a sputar l'acqua: se i ceri si spengono contemporaneamente, i due avversari sputano l'acqua in due vasi distinti; perde colui la cui acqua risulta essere in minor quantità.

(1) KAMFFER in PICIET l. c. *Liebrecht in Zeitschr. f. d. morgenl. Gesel.* 1884, p. 663.

(2) Nelle sue lettere dal Giappone, stampate a Magonza nel 1598, citate in GUACCI, *Compendium Maleficarum*, p. 264-265. Mediolani, 1626 (2^a ed.).

(3) DE LA BISSACHERE, *Tunkin.* 1813, p. 217.

(4) *Kathol. Missionen.* 1883, p. 82.

(5) Su questo diritto e sui libri giuridici birmani, cfr. KOHLER, *ü. das birmanische Recht in Zeitschr. für vergl. Rechtsw.* vi. 161; sulle ordalie birmane lo stesso in *Zeitschr. für Strafrechtswiss.* v. 681-82.

Nella prova dell'acqua fredda perde chi prima ricompare alla superficie. Si usa anche questa prova, come il bagno delle streghe nell'Europa, per convincere le accusate di stregonaggio: le streghe della peggior specie galleggiano intieramente, le altre s'immergono nell'acqua solo fino ad un certo punto. Un'altra prova, riprovata però dal *Manu Kyay Dhammathat*, principal libro giuridico dei Birmani, consiste nel porre attorno alla persona stregata un cordone rituale: con questo viene poi legata la strega, ed allora il suo nome deve essere pronunciato per bocca della vittima. Nella prova del riso vince chi prima riesce a masticare una certa quantità di riso; nella prova del piombo fuso, i contendenti devono immergere in esso il braccio e l'innocente lo ritrae illeso. Al giuramento si ricorre, quando uno dei due avversari appartiene alla classe più elevata, l'altro alla più bassa. Allora il primo giura, ed è pienamente giustificato, se non lo incoglie una disgrazia entro sette giorni.

Nel Tibet e nella regione dell'Himalaya erano pure molto usate le ordalie, nè la fede in esse è ora compiutamente svanita. Le forme erano presso a poco le stesse usate nell'India.

In Ladak era in uso specialmente la prova del ferro infuocato e della caldaia piena d'olio bollente da cui l'accusato deve togliere una pietra (1). Nel Tibet orientale, le pietre erano invece due, una bianca e l'altra nera, e l'accusato doveva estrarre la bianca, naturalmente senza rimanere scottato (2). Così sono combinate la prova della caldaia e quella della sorte, che nel Tibet si compie appunto con una pietra bianca ed una nera gettata in aria (3). Non so se questa prova, usata come auspicio, lo sia pure come ordalia, ma ciò è tanto più probabile, in quanto chè la sorte è usata in quest'ultimo modo anche nell'India moderna.

Nell'Himalaya tibetano si usa anche prendere una moneta dall'olio bollente, o tenere in mano una palla di ferro infuocato;

(1) CUNNINGHAM, *Ladak and Surrounding Countries*, p. 266, citato in SCHLAGINTWEIT, *passim*.

(2) SCHLAGINTWEIT, p. 24, 25. Post, *Ursprung*, 124.

(3) SCHLAGINTWEIT, p. 32, 33.

oppure ciascuna delle due parti avvelena un capretto, e l'animale che sopravvive fa vincere la causa al suo padrone (1).

I Mongoli, propriamente detti, usano la prova del ferro infuocato in un modo speciale: fanno arroventare una scure e la pongono su due staffe: l'accusato deve prenderla e lanciarla in una fossa distante due passi, poscia gli si cuce la manica intorno alla mano, perchè non possa medicarsi. Dopo tre o cinque giorni si esamina la mano, e l'accusato è dichiarato innocente se la scottatura è *in via di guarigione* (?) (2).

Vi sono ancora altre prove speciali in uso specialmente presso le popolazioni meno civilizzate.

John Bell, che percorse l'Asia nel 1719, racconta che essendo stato derubato un mercante russo presso una tribù mongola, un *lama* prese una panca e la voltò e rivoltò parecchie volte finchè essa girò di per sè nella direzione della tenda del ladro, vi trasportò anzi il lama stesso, che ordinò la restituzione della stoffa rubata, e venne obbedito (3).

Fra le tribù più rozze, come gli Ostyak della Siberia ed i Samoiedi, troviamo un modo curioso di giuramento sul capo o sulla zampa di un orso, con cerimonie varie secondo le varie popolazioni. Chi presta il giuramento si impreca che un orso lo sbrani, se dice il falso, ed è con ciò purgato dall'accusa; ma se in seguito soggiace a qualche accidente di caccia, è considerato come colpevole, e si riforma il giudizio. I rei, anzichè giurare, preferiscono spesso confessare la loro colpa (4).

Ricorderò per ultimo una specie di giudizio di Dio, di cui a quanto pare, ci è conservata memoria, solo nella recensione mongolica del *Vikramacaritram* (5), e che potrebbe perciò ap-

(1) FRASER, *Hist. universelle des voy.*, xxxv, 476.

(2) BERGMANN, *Nomad. Streifereien*. II, 41.

(3) TYLOR, II, 203. Cfr. per altre popolazioni, BASTIAN, *Rechtsverh.*, 285, n. 2°.

(4) F. MÜLLER, 428. STRUVE in *Ausland*, 1880, 796. SIMPSON, *Journey*, II, 269. ERMAN, *Siberia*, I, 492. LATHAM, *Descrip. Ethn.*, I, 456. *Journ. Ind. Arch.*, IV, 590.

(5) A. SCHIEFNER in SCHLAGINTWEIT, p. 34. Per altre redazioni della novella cfr. RUA, *Novelle del Mambriano*, 1888, p. 75-76. WLISLOCKI, *Die Episode des Gottesgerichts in Tristan u. Isolde*, ecc. *Zeitschr. f. vergl. Litt. Gesch.*, I. (1887), 456-62.

partenere esclusivamente alla leggenda, ed essere di origine indiana.

Un re aveva ordinato che si accecasse ogni uomo, il quale ardisse guardare sua figlia, e fossero troncate le gambe a chi penetrasse nel suo palazzo. Uno dei suoi sudditi contravviene all'editto, e grazie a sua moglie poco gelosa, si reca ad un appuntamento colla principessa nel giardino del palazzo reale: disgraziatamente gli innamorati vi sono sorpresi ed incarcerati. La moglie riesce a prendere nel carcere il posto della principessa, cosicchè cade la principal prova del delitto; ma questa ultima fu riconosciuta ed è accusata dal soprintendente, che procedette all'arresto, ed è obbligata a purgarsi dall'accusa, giurando piegata su grani d'orzo, che si muovono, se il giuramento è falso.

La moglie fa travestire il marito, che fingendosi mentecatto, si presenta zoppicando mentre la principessa sta per giurare: questa lo riconosce e giura che non ama altri all'infuori del povero pazzo: i granellini non si muovono, e l'innocenza dell'accusata è luminosamente dimostrata.

È, come si vede, una delle tante storielle orientali, in cui una donna astuta riesce a nascondere le proprie colpe, ed a far mentire anche gli oracoli più sacri.

10. — L'ultima grande razza di cui ci resta a parlare, originaria, a quanto crede il Müller, del sudovest dell'Asia, si divide in tre grandi famiglie, dei Dravida, dei Nubi e dei Mediterranei.

Le due prime danno ben piccolo contributo ai nostri studi.

Gli abitanti di Ceylan, che appartengono alla razza dravida, però profondamente modificata dall'elemento indiano, hanno due ordalie, che ricordano molto quelle dell'India, la prova bilaterale dell'olio bollente, in cui s'immergono due dita, ed il giuramento nel tempio, in cui perde colui, nella cui famiglia accade prima una disgrazia. Per scoprire i rei si usa inoltre la divinazione colla noce di cocco (1).

(1) KOHLER, *Rechtsvergl. Studien*, p. 244-45.

Presso i Bhilla (1), una delle tribù più importanti dei dravida, l'accusato deve portare il ferro infuocato, o immergere la mano nell'olio bollente.

Una forma curiosa ed interessantissima di giudizio di Dio si riscontra, credo esclusivamente, presso alcune tribù di questa razza. Quando fra i Munda-Kohls sorge controversia sulla proprietà di un campo, l'attore deve farvisi sotterrare un piede: allora se viene risparmiato dalle formiche è riconosciuto come padrone, in caso contrario è cacciato ignominiosamente. Agli indigeni reca grande meraviglia il vedere che gli Inglesi non vogliono riconoscere questo comodo procedimento (2).

Presso i Nyam-Nyam (3) della Nubia si dà una certa bevanda ad un pollo, e si giudica secondochè sopravvive o non, o s'immerge nell'acqua un gallo finchè resti come soffocato, e si giudica secondochè ritorna o non in vita.

È degno di nota il fatto, che queste prove servono come ordalie e come auspici, ciò che dimostra sempre più l'intimo nesso che corre fra le due istituzioni, che in fondo hanno a base lo stesso concetto.

Dei Mediterranei ci occuperemo a lungo nei capitoli seguenti, perchè le due famiglie principali di questa razza, la camito-semitica e l'indo-germanica si possono dire le sole che abbiano veramente una storia, o almeno la cui storia sia ben conosciuta: qui basterà dire di alcune popolazioni non ancora giunte ad uno stato elevato di civiltà.

Presso i Grusi del Caucaso erano in uso il duello, la caldaia ed il ferro infuocato. Il codice promulgato dal loro Czar Wachtang nel 1723, prescrive che, se l'accusato è di bassa condizione, deve purgarsi col ferro infuocato o colla caldaia; se è un principe gli è permesso il giuramento coi congiuratori, cioè con due principi se di prima classe, con venti se di seconda, con sessanta se di terza. Quando l'accusatore è della classe dei vas-

(1) KINCAID, *On the Bhel Tribes of the Vindhyan Range (Journ. of the Anthropol. Inst., ix, 400).*

(2) JELLINGHAUS, *Sagen, Sitten etc. in Zeitschrift für Ethnol.* (1871), III, 337.

(3) HARTMANN *die Nilländer*, p. 170 e seg.

salli o dei servi, e l'accusato è un principe, questi può opporgli un suo servo, con cui l'accusatore combatte in duello. La prova del duello è del resto assai rara e può aver luogo solo fra persone della stessa condizione sociale. Inoltre essa, al pari delle altre ordalie, è permessa solo pei delitti più gravi (1).

Nella famiglia Etiopica, i Somali, che alcuni però considerano come Semiti, sogliono far passare l'accusato su carboni ardenti, o fargli togliere un oggetto incandescente dal fuoco, o dall'olio bollente. Chi è accusato di furto, deve tenere in mano una sbarra di ferro infuocato, finchè si conti fino a dieci. In mancanza del ferro si usa la caldaia piena d'acqua bollente da cui si debbono togliere tre piccoli ciottoli, oppure tre piselli (2). L'esame della mano, o del braccio si fa dopo ventiquattro ore. Al giudizio di Dio si procede solo se l'accusatore non si accontenta del giuramento e depone preventivamente una certa somma, che va perduta se l'accusato appare innocente.

I Kunamas e Bareas, che Reinisch annovera fra i Camiti (3), hanno una prova speciale nata forse dall'aver attribuito all'azione della divinità l'abituale turbamento del colpevole, e la sicurezza di chi è innocente. Colui che è sospettato autore di un assassinio, si reca coi suoi compagni (Dorfgenossen) nel villaggio dell'ucciso per quattro giorni consecutivi. Gli si presentano i parenti del morto: se allora egli resta tranquillo a sedere è giustificato, se fugge è colpevole (4).

Nel regno dello Scioa, i ladri sono scoperti da un pubblico ufficiale, a ciò destinato. Questi somministra ad un suo servo una certa medicina, composta con latte e farina nera, e gli fa fumare del tabacco finchè cada in uno stato di furore, durante il quale, corre come un pazzo di casa in casa, seguito dal suo padrone, che lo tiene legato con una corda. Finalmente il servo

(1) HAXTHAUSEN, *Transkaukasien*, 1856, II, 202, 203. Cfr. DARESTE, *Études d'hist. du Droit*, 1889. (*L'Arménie, la Géorgie et le Caucase*), p. 130-131.

(2) HAGGENMACHER'S, *Reise im Somali-Lande* (PETERMANN'S, *Mittheil. Ergänzungsheft*, n. 47, (1876), p. 37. ANDREX, *Forschungsreisen in Arabien und Ostafrika*, I, 265.

(3) *Die Bareasprache*, 1874, p. VIII in Müller, o. c., p. 503.

(4) MUNZINGER, *Ostafrik. Studien*, p. 499-500.

entra in una casa e vi si addormenta. Dopo qualche tempo il suo padrone lo sveglia a suon di busse, ed egli allora afferra il proprietario della casa, che vien condotto davanti ai sacerdoti e condannato senz'altro ad indenizzare il derubato (1).

I Semiti, che appartengono pure alla razza mediterranea, si distinguono in Semiti del Nord, e Semiti del Sud ed Arabi. Questi ultimi restarono a lungo senza contatto coi popoli civili, quindi la religione che essi professavano prima dell'Islamismo è di grande aiuto a conoscere la religione semitica primitiva (2).

Invece i Semiti del Nord, di cui parleremo in seguito, raggiunsero un elevato grado di civiltà, fondendosi cogli antichi abitanti della Mesopotamia, Accadii o Sumiri, di cui non si conosce con certezza la razza (3).

Avanzi dell'antica religione degli Arabi sono certamente le ordalie, che essi usano ancor oggi (4): infatti la religione islamica non conosce, a quanto pare, il giudizio di Dio (5).

La prova più in uso presso gli Arabi è quella del coltello, o cucchiaino infuocato, che si passa sulla lingua dell'accusato.

Resterebbe a parlare dei popoli indo-germanici che ancor oggi ricorrono ai giudizi di Dio, e specialmente degli indiani moderni. Ma dovendo trattare in seguito dell'ordalia nell'India, sarà più conveniente riunire tutta la materia in un solo capitolo.

(1) KRAFF, o. c., I, 71, in Post, *Ursprung*, p. 120.

(2) TIELE, *Histoire des religions*, p. 62.

(3) TIELE, o. c., 67.

(4) Cfr. *Globus*, XXI, (1872), p. 139.

(5) MALTZAN, *Reise nach Sudarabien*, p. 262. KOHLER in *Zeitschr. für vergl. Rechtsw.*, v. 370 DARESTE, *Côte Musulman par Khâil* (XIV sec.), *Journ. des Savants*, 1882, p. 264. « En revanche il ne paraît pas que les musulmans, aient jamais eu recours aux épreuves usitées au moyen-âge comme jugement de Dieu ».

CAPITOLO TERZO

L'ordalia presso i popoli di razza camitica e semitica

I.

L'ordalia in Egitto.

Bibliografia. — THONISSEN, *Études sur l'hist. du Droit crim. des peuples anciens*. T. 1, 1869. WILKINSON, *Manner and customs of the ancient Egyptians*, 1837-43, serie II, vol. I e II. A. WIRDEMANN, *Ägyptische Geschichte*, 1884. BRUGSCH, *Gesch. Ägyptens unter den Pharaonen*, 1877. DARESTE, *Les papyrus Gréco-Egyptiens*. *Journal des Savants*, 1883, 163-173. (*Études d'histoire du Droit*, p. 1 e seg.). TIELE, LENORMANT, ecc., opere cit.

La religione egiziana incominciò come tutte le altre religioni dall'animismo e s'elevò a grande altezza col concorso di elementi stranieri africani, semitici ed ariani, di cui non possiamo allo stato attuale della scienza renderci un esatto conto (1). Cionondimeno si riscontrano in tutti i periodi della storia egiziana numerose tracce della religione primitiva animista. Notiamo fra queste, poichè ha grande importanza pel tema nostro, la credenza che gli Dei fossero obbligati ad obbedire alle evocazioni e formole magiche, credenza la quale eccitava lo stupore di Erodoto (2), e che originariamente è condizione necessaria per l'esistenza dei giudizi di Dio.

Essendo andati perduti i libri giuridici degli egiziani, e non essendo ancora abbastanza certa l'interpretazione dei papiri geroglifici pubblicati in questi ultimi anni, e che potrebbero forse

(1) TIELE, op. cit., pag.

(2) LENORMANT, *La magie*, p. 90-92.

svelarci in parte il diritto e la procedura penale, noi siamo ridotti a questo riguardo alle notizie scarsissime ed imperfette date dagli scrittori greci.

Ciononostante il Wilkinson, il Thonissen, il Dareste non esitano a parlare d'ordalie egiziane con termini espliciti e senza riserva di sorta (1).

L'unico fondamento è il racconto d'Erodoto (II. 174) su Amasi (2), il quale prima di essere re, si sarebbe reso colpevole di vari furti, per cui i danneggiati lo avrebbero condotto innanzi agli oracoli locali per provarne la colpevolezza. In seguito alle risposte degli oracoli egli sarebbe stato talora condannato, talora assolto a torto: laonde, salito al trono, ammaestrato dalla propria esperienza, egli avrebbe tenuto gran conto degli oracoli, che lo avevano fatto condannare, disprezzando invece quelli per le cui risposte era stato assolto. Il racconto è giustamente chiamato da Wiedemann inverosimile, anzi impossibile, ed appartiene alle tante leggende inventate dai Greci su Amasi (3).

La leggenda potrebbe avere un fondamento di verità inquantochè si ricorresse realmente agli oracoli per scoprire i rei, ma non possiamo affermarlo con certezza. Del resto, anche accettando per vero il racconto d'Erodoto, ben poco si verrebbe a sapere sulle ordalie egiziane. Amasi regnò in un tempo relativamente assai recente (564-526 a. C. sec. Wiedemann, 572-528 sec. Brugsch, p. 734), quando la magia s'era grandemente sviluppata, e con

(1) WILKINSON, I, 153. THONISSEN, I, 131. DARESTE, 167 (*Études*, p. 9).

(2) Dareste non cita veramente la fonte giustificativa della sua affermazione ma è probabile che questa sia al solito la storiella d'Erodoto.

Wilkinson riferisce da Zosimo, scrittore greco del quinto secolo dopo Cristo, che ai tempi di Costantino una risposta dell'oracolo di Besa fu mandata all'imperatore e per essa furono arrestate ed esiliate varie persone, *apparently in consequence of the oracle having been applied to respecting the fate of the empire or the success of some design against his life*. Dato però che il racconto di Zosimo sia vero, esso si riferirebbe ad un affare pubblico che interessava la sicurezza dell'impero, nè si potrebbe conchiuderne che l'oracolo fosse usato regolarmente per scoprire i delinquenti.

(3) WIEDEMANN, op. cit., p. 639, 646-648.

essa il potere dei sacerdoti e la loro ingerenza negli affari dello stato: inoltre s'erano molto accentuate le influenze straniere: resterebbe quindi a sapere se questa forma d'ordalia era già conosciuta nei periodi anteriori, se non ve n'erano altre, in quale maniera si aveva la risposta dall'oracolo, e qual valore le si dava, se si usava per tutti i delitti, se non era necessario il consenso delle parti, ecc.

Il Wilkinson parla pure di ordalie preliminari per cui dovevano passare i candidati all'iniziazione, nelle quali la loro vita era esposta a seri pericoli, come si dice sia stato il caso per Pitagora (1).

Ma la lettera di Policrate ad Amasi, ed i rapporti di Pitagora con questo re sono leggende, e non meritano alcuna fede (2). Se però, come non è improbabile, nell'iniziazione si sottoponeva il candidato a certe prove, queste, senza poter essere chiamate vere ordalie, potevano avvicinarsene assai, in quanto servissero alla divinità come mezzo per indicare se una persona le era o non gradita.

Concludendo adunque possiamo affermare che molto probabilmente gli antichi Egiziani conoscevano i giudizi di Dio, ma che non ne abbiamo per ora alcuna prova decisiva.

(1) Egli cita a questo proposito la vita di Pitagora, scritta da Porfirio (*Pythagoræ vita*, Paris Didot, 1850), forse erroneamente, poichè in essa si parla non di pericoli seri, ma di astuzie dei sacerdoti egiziani per stancare la pazienza del filosofo, desideroso di conoscerne i segreti. Del resto Porfirio, morto nel 303 dopo Cristo, è autore troppo recente per meritare fede su questa materia.

(2) WIEDEMANN, op. cit., l. c.

II.

L'ordalia presso i Semiti.

Bibliografia. — I. OPPERT et I. MENANT. *Documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée*, 1877.

E. REUSS, *La Bible, trad. nouv. avec introd. et comment.*, 1874-1881. *Legum Mischnicarum liber qui inscribitur de re uxoria.... latinit. donavit SURENHUSIUS*, 1700. (MISCHNA, t. III), p. 178 e seg. (*Tract. de uxore adulterii suspecta*). J. D. MICHAËLIS, *Mosaisches Recht*, parte v e vi, 1777. RENAN, *Les origines de la Bible. Rev. des deux Mondes*, 1886, p. 526. E. LEDRAIN, *La Bible, trad. nouv.* Tom. 1, 1886. A. ACOLUTHI, *De aquis amaris maledictionem inferentibus*. Lipsiæ 1682. DUSCHAK, *Das mosaisch-talmud. Strafrecht*. Wien 1869. DARESTE, *Le Droit israelite* (in *Études d'hist. du Droit*, 1883, p. 18 e seg.). THONISSEN, LENORMANT, etc., op. cit. MOVERS, *Das phönizische Alterthum*, 1849-56.

1. — La razza semitica si divide, come vedemmo, in due famiglie, quella del nord e quella del sud. Di questa abbiamo già parlato. La prima che risentì l'influenza della civiltà mesopotamica comprende varie popolazioni che si elevarono ad un alto grado di cultura.

Noi qui ci fermeremo sugli Assiri, i Caldei e gli Ebrei. I Caldei, o Babilonesi, e gli Assiri (che furono una colonia caldea), sono conosciuti specialmente per le iscrizioni cosiddette cuneiformi, che ci hanno tramandate in numero grandissimo, e da cui se ne conosce, oltrechè la storia e la cronologia, anche la religione ed il diritto. Però, fra i documenti giuridici giunti fino a noi, sono scarsissimi i frammenti di leggi, mentre abbondano soprattutto i contratti di compravendita, ed altri atti privati di cui importava conservare la memoria.

Ciò che riguarda la procedura, è, per quanto io mi sappia, affatto sconosciuto, e si capisce facilmente il perchè.

Pure addurremo un passo tratto da un'iscrizione, ed esporremo alcune considerazioni, che valgono, se non a provare l'esistenza dei giudizi di Dio in Caldea, almeno a rendere verosimile l'ipotesi, che non vi fossero sconosciuti.

Ecco prima il testo dell'iscrizione appartenente al regno di Marduk-Idin-Akhi (1100 av. C.): si tratta d'imprecazione contro colui, che adultererà o distruggerà le tavole del contratto.

Somas, iudex magnus cœli et terræ judicet litem, et in delictis flagrantibus capiat eum.

Dea Istar, regina cœli et terræ, rapiat eum et coram Deo et rege ultioni tradat eum.

Dea Gula, Regina magna, uxor Ninip, venenum ineluctabile in ventrem eius insinuet (ut) sanguinem et pus sicut aquam emingat (1).

Queste imprecazioni scelte fra molte altre analoghe, come caratteristiche, erano usuali, e s'incontrano nella maggior parte dei documenti dell'epoca.

Ora, tenendo conto dell'immenso valore che si dava presso i Babilonesi ed i Caldei alle imprecazioni (2), pare probabile che se ne aspettasse realmente l'effettuazione, e simile credenza può facilmente condurre al giudizio di Dio.

Si notino inoltre le parole *judicet litem* che potrebbero benissimo accennare ad un tale giudizio e le altre *coram rege ultioni tradat eum*, se *coram rege* il re doveva venire a conoscenza del delitto, e quindi far giustizia.

Supponiamo, ora che taluno, dopo violato un contratto, fosse caduto ammalato della malattia che si era imprecata, come non ne avrebbe approfittato l'avversario per affermare che la giusta collera degli Dei aveva colpito il fedifrago? E come non lo avrebbe creduto il popolo?

Avremmo dunque un giudizio di Dio analogo al giuramento presso gli Indiani, a quello dei Samoiedi, ecc.

Andando oltre, si potrebbe congetturare dall'ultima imprecazione qualche cosa d'equivalente al giudizio delle acque amare, usate presso gli Ebrei, che producevano una malattia caratte-

(1) Trad. OPPERT e MENANT, op. cit., pag. col. III, 15-17, 22-24. Col. IV, 5-8. LENORMANT (*La magie*, p. 61), da una traduzione alquanto diversa, la quale è forse meno favorevole all'ipotesi esposta in seguito.

(2) Vedi il passo di Lenormant riportato avanti.

rizzata dalla putrefazione del ventre della rea (secondo molti autori, l'idropisia dell'ovario).

Per altro, quanto abbiamo detto è ipotesi nostra, che acquista qualche valore solo per il confronto cogli altri popoli della stessa razza. Del resto, tenendo conto dell'ardore con cui erano coltivate presso i Caldei le scienze occulte, e specialmente la divinazione (1), non appare improbabile che a questa e a quelle si ricorresse pure per scoprire i malfattori.

2. — Passando agli Ebrei, vista la ricchezza della loro letteratura, e d'altra parte la forma del loro governo, in origine almeno, essenzialmente teocratico, noi potremmo aspettarci di raccogliere gran numero di documenti per le nostre ricerche, ma così non è (2). Le leggi non dicono mai tutto, e ciò è verissimo specialmente per ciò che riguarda le prove. Pure nonostante la scarsità delle notizie, noi crediamo di poter affermare che il giudizio di Dio esisteva presso i Giudei come oracolo giudiziario, oltrechè nella forma conosciutissima delle acque amare, limitata al solo caso d'adulterio.

L'oracolo era pronunciato dal sacerdote dopo di aver ricorso alla divinità col mezzo dell'Urim e Tummim. Inoltre si ricorreva forse anche alle sorti gettate nel vestito o in altro modo.

Gli Ebrei avevano della sorte lo stesso concetto degli altri popoli dell'antichità (3).

Si gettano le sorti nelle pieghe del vestito, ma è da Dio che viene la decisione, dice uno dei Proverbi (xvi, 33): quindi la sorte fu usata per rendere giustizia, poichè nel pensiero teocratico, questa emana da Dio, fu usata per distribuire le terre fra gl'Israeliti, poichè *la terra è di Dio ed essi sono coloni cui esso la ripartì* (LEVITICO, xxv, 23), fu usata per scegliere i condottieri e via dicendo.

(1) Quanto si riferisce alla divinazione presso i Caldei ed alle varie sue forme (necromanzia, telomanzia, ecc.), venne a lungo trattato da Lenormant nel suo libro che ha appunto per titolo *La divination et la science des présages chez les Chaldéens*, 1875.

(2) Cfr. MICHELIS, vi, 87.

(3) Cfr. TYLOR, I, 91.

Nella Bibbia sono ricordati solo due casi in cui la sorte serve a scoprire i rei d'un delitto, e si potrebbe anche osservare che in entrambi precede la manifestazione dell'ira divina per il misfatto. Ma le espressioni usate dalla Bibbia mi pare dimostrino che il ricorrere alle sorti era cosa abituale.

I fatti sono i seguenti: Essendo stati sconfitti gli Israeliti, Giosuè costernato non sa a chi attribuire la disgrazia. Ma Dio lo avverte che fu commessa un'infrazione del patto fatto con lui, e che perciò doveva essere bruciato con tutta la famiglia e le cose sue colui *che egli avrebbe designato quale colpevole*. Giosuè dice allora al popolo: *Domani voi vi presenterete, tribù per tribù, e la tribù che l'Eterno designerà, si presenterà clan per clan, e il clan che l'Eterno designerà si presenterà famiglia per famiglia, e la famiglia che l'Eterno designerà si presenterà uomo per uomo*. Così è scoperto Akem, che aveva rubato una parte del bottino (1).

Un'altra volta Saulle interroga Dio per sapere se deve inseguire i Filistei: non avendo risposta chiama i capi del popolo e dice loro: « Avvicinatevi, capi del popolo, riconoscete e vedete in che consiste oggi questo peccato (Greco: su chi è questo peccato)..... Allora egli disse a tutto Israele: Voi sarete da una parte ed io e mio figlio Gionata dall'altra.... e Saulle disse all'Eterno; Dio d'Israele *rendi giustizia*. E Gionata e Saulle furono designati e il popolo fu proscioltto. E Saulle disse: *Tirate a sorte* fra me e mio figlio Gionata: e Gionata fu designato.... » (2).

Il testo dei settanta è più esteso, e malgrado la corruzione, se ne può trarre il seguente senso: se la colpa è a Gionata da Urim, se la colpa è alla truppa da Tummim.

I due esempi addotti si riferiscono al modo di scoprire un colpevole, ma si ricorreva al giudizio di Dio, in ogni caso in cui non si sapesse dare una decisione sicura. Ciò si vede chiaramente dai seguenti passi.

(1) GIOSUÈ, VII, 3-18.

(2) SAMUELE, I, XIV, 36-43.

ESODO, XXVIII, 30. Iddio parlando dei vestiti da farsi al suo sacerdote Aronne, dice: Nel pettorale tu metterai l'Urim e il Tummim, perchè essi siano sul cuore d'Aronne quando egli entrerà alla presenza dell'Eterno, ed Aronne porterà *sempre il giudizio dei figli d'Israele* sul suo cuore....

Con queste ultime parole, osservò a ragione Reuss, si viene a dire che Aronne giudicherà, per mezzo dell'Urim e Tummim i figli d'Israele.

DEUTERONOMIO, XVII, 8-14. « Se qualche affare giudiziario dovesse essere troppo difficile per voi, sia una causa di assassinio, o di contestazione o di colpi, ad ogni affare che vi si presenterà, voi vi recherete al luogo che l'Eterno, vostro Dio, avrà scelto. Là voi vi rivolgerete ai preti levitici e al giudice che vi sarà in quel momento.... ed agirete in seguito alle loro istruzioni, ed alla sentenza che avranno pronunciata. Colui che avrà la presunzione di non obbedire al prete.... o al giudice, quell'uomo deve morire ».

Accresciutosi il numero degli Israeliti, non è più al sommo sacerdote, ma ai sacerdoti levitici, ed al giudice che si ricorre per conoscere il volere di Dio. Per la correlazione col testo precedente, si può credere che anche in questo caso i sacerdoti ricorressero alla sorte; ma se anche non lo facevano, il loro responso doveva credersi ispirato da Dio, che ha comandato al popolo di ricorrere ad essi, e condanna a morte chi presume di non obbedire: siamo quindi sempre in presenza di un oracolo giudiziario dato per ispirazione divina.

ESODO, XXI. « Per ogni caso di delitto, per un bue, per un asino, per un montone, per un mantello, per ogni oggetto perduto, di cui qualcuno dica che è quello; la causa delle due parti deve venire davanti a Dio: colui che Dio avrà dichiarato colpevole restituirà il doppio all'altro.

« Se qualcuno dà a guardare ad un altro un asino, un bue, un montone, o qualsiasi altra bestia, ed essa muoia, od abbia un membro rotto, o sia rapita senza che alcuno l'abbia vista, avrà luogo fra i due un giuramento davanti all'Eterno.... ».

In questo passo si devono distinguere evidentemente due ipotesi: quella di taluno che pretende riconoscere per suo un og-

getto che si trova presso un'altra persona, ed in questo caso la causa deve venire a Dio, cui spetta dichiarare se il detenuto è o no colpevole; e quella d'un depositario presso cui perisce, od è rubato un deposito, e questi deve purgarsi col giuramento (1).

Renan (l. c.) annota alla prima parte del passo citato: *Origine du jugement de Dieu*, ed è l'unico, per quanto io sappia, che ne abbia tenuto conto.

Thonissen (2) pare invece non abbia distinti i due casi, ed abbia interpretato le espressioni: *la causa deve venire davanti a Dio; colui che Dio avrà dichiarato colpevole ecc.*, come un accenno al giuramento di purgazione, interpretazione veramente troppo arbitraria.

Oltrecchè per pubblica autorità si ricorreva alle sorti, anche per volere dei privati onde evitare di ricorrere al giudice: così nel libro dei proverbi (xviii, 18) è detto: La sorte fa cessare la querela, essa decide fra i potenti.

Dopo aver detto in quali casi si ricorresse all'oracolo giudiziario, ci resta a vedere in qual modo esso fosse reso.

Il proverbio citato parla di sorti gettate nelle pieghe del vestito, ma oltrecchè il libro dei proverbi, a quanto si afferma, è di data assai recente (secondo Reuss, fu compilato dopo la fine dell'esiglio), qui si parla di sorti in generale e non di sorti usate nei giudizi e per pubblica autorità. Se noi invece esaminiamo i passi addotti dai libri di Giosuè e Samuele, vi troviamo descritti due mezzi.

Giosuè per scoprire Akem fa venire tutto il popolo, tribù per tribù, poi tutti i clan della tribù designata, tutte le famiglie del clan designato, ecc. Eguale metodo si usò per eleggere Saulle.

Pare dunque che ad ogni tribù, clan, famiglia, individuo che si presentava, si gettassero le sorti, probabilmente due, una affermativa, l'altra negativa.

Nel caso invece di Giona, trattandosi di scegliere prima fra Saulle e Giona da un canto e l'esercito dall'altra, poscia fra i due primi, ciascuna delle sorti deve indicare una parte. La ver-

(1) Cfr. GIUSEPPE FLAVIO, *Antiquit.*, iv, 8.

(2) Op. cit., II, 9.

sione greca parla qui, come abbiamo detto, d'Urim e Tummim: non potendosi evidentemente attribuire ciò ad un errore di traduzione, vi deve essere stata discrepanza nei testi primitivi del libro di Samuele. È quindi questo un documento importante, di cui non si è tenuto conto da Thonissen e Reuss, per sciogliere la questione sopra il significato delle parole Urim e Tummim, sulle quali abbiamo avute le più disparate opinioni (1). Fra gli autori più competenti, Michaelis (2) dice che l'U. e T. *usati nei casi più difficili del diritto pubblico ed in guerra*, erano tre pietre, l'una affermante, l'altra negante, la terza insignificante, che si usavano per sòrti, ed il Reuss congettura che fossero il mezzo materiale di cui si serviva il sacerdote per rispondere alle questioni rivolte a lui dal popolo, forse due oggetti rappresentanti il sì e il no. Argomentando dal passo citato del libro di Samuele, si potrebbe invece dire che l'U. e T. fossero due oggetti cui si poteva dare un senso qualsiasi a seconda delle questioni rivolte, ma che naturalmente venivano il più delle volte a rappresentare l'uno il sì, l'altro il no.

3. — Ci resta dopo ciò a parlare della prova delle acque amare (3).

NUMERI, v, 11 e seg. Se un marito sospetta della fedeltà della moglie.... la condurrà davanti al sacerdote, e nel medesimo tempo porterà per essa un'offerta.... offerta di gelosia, offerta commemorativa destinata a ricordare un delitto. E il prete la farà avvicinare e la metterà in faccia dell'Eterno. Poi il prete prenderà dell'acqua santa in un vaso di terra, e della polvere proveniente dal suolo della santa dimora, che egli metterà in quest'acqua.... Poi il prete scongiurerà la donna e le dirà: se nessuno si coricò con te in luogo di tuo marito.... sii assolta relativamente a quest'acqua. Ma se ti sei allontanata dal tuo

(1) Secondo Gius. Flavio (III. 8, 9) l'oracolo si sarebbe desunto dal lampeggiare o non delle pietre che erano sul pettorale del sacerdote. Esse avrebbero cessato di servire a questo forse due secoli prima che Giuseppe scrivesse la sua storia.

(2) Op. cit., I, 140, 192.

(3) Non occorre infatti trattenerci sul duello di Davide e Golia (Re. I. XVII), tanto conosciuto, e d'altra parte affatto isolato.

dovere verso tuo marito.... che l'Eterno faccia di te un esempio di maledizione e una formola di giuramento in mezzo al tuo popolo, facendo divenire magre le tue anche e gonfiare il tuo ventre.... E la donna dirà, Così sia. Poi il prete scriverà questa maledizione sopra una pergamena, e la scancellerà coll'acqua amara e farà bere la donna.... E quando le avrà fatto bere l'acqua, allora nel caso che essa si fosse macchiata.... l'acqua di maledizione penetrerà in essa per esserle amara e il suo ventre si gonfierà.... Se al contrario essa non s'è macchiata.... sarà riconosciuta innocente e resterà feconda. Tale è la legge dei casi di gelosia....

Il Reuss annota a questo punto: la legge, quale è formulata, pare si fondi sull'idea d'un intervento miracoloso di Dio, e sia uguale al giudizio di Dio del M. Evo. Ma nel fondo essa fu dettata da una profonda intelligenza del cuore umano e tende evidentemente a spaventare la coscienza d'una donna colpevole ed a strapparle la confessione.

Osserviamo che, data anche la profonda intelligenza del cuore umano, e aggiungiamo noi, la pia frode del legislatore, era però necessaria una profonda ignoranza nel popolo, il quale credeva realmente all'intervento divino, per non accorgersi della ciurmeria dei sacerdoti.

Ma alla frode sacerdotale io non credo, almeno nei primi tempi (1). Noi abbiamo qui il corrispondente della prova dell'acqua consacrata indiana, e fino ad un certo punto di tutte le prove del veleno, che abbiamo già viste. Troppo spesso nelle leggi mosaiche si volle vedere un intendimento profondo ed utilitario del legislatore, dove in fondo non c'erano che pratiche superstiziose, e ciò si spiega facilmente pensando che esse si vollero considerare come l'ottime delle leggi (2).

È questo il motivo per cui gli autori sono così renitenti a parlare di giudizio di Dio presso gli Ebrei, mentre da quanto

(1) Cfr. TYLOR, 1, 158.

(2) Così anche Bossuet (*Politique tirée de l'Ecriture*, 1714, 1, 2) scriveva che tutto ciò che gli Stati antichi hanno avuto di più saggio *n'est rien en comparaison de la sagesse, qui est renfermée dans la loi de Dieu, d'où les autres loix ont puisé ce qu'elles ont de meilleur*.

abbiamo esposto, dilungandoci a bella posta sulle fonti, ci pare incontrastabile che esso non fosse sconosciuto al tempo della redazione dei libri del Pentateuco, come non lo era il giuramento di purgazione.

Ciò era stato in parte ammesso dal Michaelis fin dal secolo scorso, e nel nostro da Königswarter e Gentil (1), ma la loro opinione non fu seguita.

Duschak, rabbino, affermò recisamente che gli Ebrei non conoscevano se non la prova testimoniale (2) ed abbiamo viste le esitazioni del Reuss, protestante. Anche il Thonissen, così facile nell'ammettere gli oracoli giudiziari nell'Egitto, è assai più scrupoloso per quanto riguarda il diritto ebraico.

Egli afferma che, malgrado il carattere religioso delle sue leggi, il popolo ebreo non conosce il giudizio di Dio, poichè non si può dare tale nome alle acque amare che non erano una vera prova giudiziaria, non avendo i giudici a preoccuparsi del risultato, mentre la punizione della sposa infedele era riserbata a Dio solo (3).

Osserviamo che è opinione comune dei rabbini che la prova delle acque amare producesse la morte della colpevole; non vi era quindi bisogno per la pena dell'intervento del giudice, intervento, che non faceva invece difetto per quanto riguarda le conseguenze civili della prova, cioè la perdita della dote della moglie confessa, e per costringerla a bere per forza, quando non volesse confessare.

Del resto noi abbiamo visto in quante prove la punizione del colpevole è lasciata alla stessa divinità senza che per questo si debbano escludere dal numero dei giudizi di Dio (4).

(1) KÖNIGSWARTER, op. cit., 1850, I, 40 e seg. GENTIL, *Essai sur les preuves*, 1863, p. 76 e seg.

(2) Op. cit., p. 62-63.

(3) II, 24, 25, n. 1. Thonissen stesso, certamente per dimenticanza, dà però il nome di giudizio di Dio alle acque amare nello stesso volume, p. 157, nota 1^a.

(4) DARESTE, l. c., p. 24-25, ammette che la prova delle acque amare fosse giudizio di Dio, ma non riconosce le altre forme, di cui abbiamo detto prima. (*Quant au jugement de Dieu, il n'est admis qu'en un seul cas... etc.*). Così pure KAEGI, pag. 55.

Ciò sia detto anche per Hildenbrand che ha a questo proposito le stesse opinioni di Thonissen. Quest'ultimo dice inoltre che i due casi citati sulla sorte sono eccezioni e che all'Urim e Tummim si ricorreva solo per interessi generali della nazione, non per affari giudiziari, affermazioni che ci paiono entrambe arbitrarie, ed entrambe, l'ultima in ispecie, contraddetta dai testi. Nei proverbi, aggiunge ancora, si parla di cause civili; ciò veramente non è provato, ad ogni modo, nulla osta a che si parli di giudizio di Dio anche in materia civile.

4. — Per finire la trattazione delle ordalie nel diritto ebraico, ci resta a vedere come si modificasse nel diritto rabbinico ed infine scomparisse la prova delle acque amare; parte generalmente trascurata, ed assai importante per noi, perchè ci mostra benissimo il progressivo decadimento dell'istituzione, nonostante le restrizioni e le concessioni continue fatte per salvarla.

Per questa parte ci servirà soprattutto, la Mishnà ed in parte la Gemara (1), come pure i commenti dei rabbini Bartenora e Mosè Maimonide (1136-1209), il S. Tommaso del giudaismo, e quello dottissimo di Wagenseilius (2).

Il modo con cui si fa la prova secondo la Mischnà differisce assai dalle prescrizioni mosaiche, ma tutte le aggiunte o modificazioni sono giustificate dai rabbini con un'interpretazione sofisticata del testo mosaico, tenendo conto solo della lettera e non dello spirito della legge (3).

(1) La Mishnà fu redatta nel 190 d. C. dal rabbino Giuda. La Gemara è uno svolgimento della Mishnà e con essa forma il Talmud, di cui si hanno due redazioni, quella di Gerusalemme e la Babilonica, la prima del 3°, la seconda del 5° secolo dopo Cristo. Nonostante la data della redazione relativamente recente, il contenuto del Talmud è assai antico, e rappresenta il prodotto dell'elaborazione della Bibbia e delle antiche tradizioni per parte delle varie scuole rabbiniche.

(2) Tutti questi commenti si trovano riuniti nella citata edizione della *Mishnà*, tradotta da SURENHUSIO.

(3) Questo strano sistema d'interpretazione comune ai popoli antichi, venne spiegato benissimo dal Leist col fatto che ogni istituzione stava sotto la protezione della divinità, che ne puniva i violatori. Da ciò la necessità di quelle finzioni giuridiche, con cui tutto si cambia, pur lasciando immutata la parte

Vi sono in primo luogo intiere categorie di donne, che non possono essere sottoposte alla prova, perchè non possono compiere esattamente le formalità prescritte: tali sono le cieche, mute, zoppe, mutilate, sorde e via dicendo (1).

Inoltre perchè il marito potesse obbligare la moglie alla prova, si prescrisse che due testimoni attestassero che essa era stata coll'uomo, a cui il marito le aveva proibito di parlare, in un luogo non pubblico e pel tempo sufficiente a consumare il coito. Ciò era evidentemente contrario allo spirito dell'istituzione mosaica; ed infatti il rabbino Eliezer sostenne che bastava l'affermazione del marito, ma prevalse l'opinione contraria di Giosuè. Così era già grandemente scemato il numero delle prove, ed accresciuta la probabilità di colpevolezza dell'accusata.

Questa era condotta davanti al gran Sinedrio di Gerusalemme e il marito non doveva accostarsi a lei dal giorno del colloquio fino a quello della prova: per ciò, secondo alcuni, gli si davano due compagni che lo sorvegliassero durante il viaggio. Davanti al Sinedrio veniva esortata a confessare: se non lo faceva le si scioglievano i capelli, si denudava il seno (2), e veniva così esposta in presenza di tutto il popolo, eccettuati i suoi servi.

La prova si compieva poscia con lunghissime formalità, che è inutile riportare. Quando la donna ricusava di bere, si costringeva colla forza.

Se era colpevole, *nedum finem fecerat bibendi, et continuo vultus livorem contrahebat, oculi protuberabant, totaque venis replebatur* (M. III. 4). Allora si scacciava subito dal tempio, perchè non lo contaminasse. In seguito tutte le membra della colpevole e perfino i capelli, non andavano immuni dalla malattia, ed essa ne moriva. Ma le acque non producevano effetto, come affermano concordemente Bartenora e Moisè Maimonide,

formale ed esterna. Inoltre i giuristi erano gli eredi dei sacerdoti, che furono sempre conservatori per eccellenza, ma d'altra parte essi dovevano pur tener conto dei nuovi bisogni e delle mutate condizioni sociali.

(1) Cfr. anche GENTIL, op. cit., pag. 81-82.

(2) Il rabbino Giuda, preoccupato dai pericoli, a cui questa operazione espose i giovani sacerdoti, accordò la dispensa nel caso che la donna avesse un bel seno.

se vi era pur un testimonio dell'adulterio, quantunque si trovasse in paesi lontani, eccellente ripiego affinchè nessuno potesse provare la vanità di questo giudizio. Così pure erano innocue, se il marito dopo il colloquio della moglie, aveva avuto commercio con lei, e se ne sospendeva l'effetto, se quest'ultima aveva qualche merito, specialmente se conosceva la sacra scrittura, onde Eliezer diceva che chi insegna la legge alla propria figlia, le insegna l'arte d'amare (1). V'erano meriti che sospendevano l'effetto per un anno, altri per due o per tre. Più ragionevolmente Simeone, sostenne che il merito delle buone opere non sospendeva l'effetto delle acque amare, che altrimenti sarebbero rese inutili, ma la sua opinione non prevalse.

La Gemara infine pretende che seguisse l'effetto solo *eo casu, quo maritus nunquam peccaverat*, e mai, *si illicito connubio postquam adolevit se polluisset*. Come ben si capisce l'istituzione non poteva dopo ciò avere alcuna importanza, ed era di fatto, se non di diritto, abolita. Venne da ultimo anche l'abolizione formale. *Postquam aucti sunt adulterii*, dice la Mischnà (IX. 9), *desierunt aquæ amaræ, earumque usum sustulit R. Iochanam Saccai F. secundum illud, quod scriptum est: Non animadvertam in filias vestras, quod scortantur* (OSEA, IV, 14).

Questo Iochanam visse, dicesi, cento e venti anni, dall'epoca di Cristo fino dopo l'eccidio di Gerusalemme.

5. — Alla civiltà semita appartengono pure i Fenici, il cui diritto è sconosciuto. La loro religione aveva grande somiglianza con quella degli Israeliti, (finchè in epoca più recente prese il sopravvento l'influenza egiziana), e le città fenicie avevano appunto cominciato col regime teocratico (2). Tutto ciò farebbe credere che in Fenicia si conoscessero i giudizi di Dio, ma nulla si sa di certo.

Ricordiamo solo la storia di Giona, che per mezzo delle sorti fu riconosciuto colpevole, e causa della tempesta, per la quale

(1) Il rabbino Ataide, più pratico, consigliava invece d'insegnare la scrittura alle figlie, affinchè in ogni caso fosse sospeso l'effetto delle acque.

(2) MOVENS, op. cit., I, 542.

era in pericolo la nave su cui si era imbarcato a Iaffa (GIONA, I. 7).

La nave in questione sarebbe probabilmente fenicia, poichè i fenici esercitavano pressochè soli il commercio colla Palestina, e Iaffa era appunto l'emporio fra Gerusalemme e la loro patria (1).

Si pretende per altro che il libro di Giona, compilato secondo Reuss nel quinto o quarto secolo avanti Cristo, non abbia alcun fondamento storico (2).

(1) MOVERS, op. cit., III, 204 e seg.

(2) LEDRAIN, I. *Avertiss.*, II.

CAPITOLO QUARTO

L'ordalia presso gli Indiani ed Eranii

I.

Gli Ariei primitivi.

Bibliografia. — KAEGLI, *Alter und Herkunft des germ. Gottesurteils. (Festschrift zur Begrüssung der XXXIX Versammlung deutscher Philologen, Zürich 1887, p. 40-60).* — PICTET, *Origines Indo-Européennes*, (2^e éd.), 1878. — SCHRADER, *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, 1883. — SPIEGEL, *Die Arische Periode und ihre Zustände*, 1887. LEIST, *Altarische Ius Gentium*, 1889.

Abbiamo già avuto occasione di ricordare l'opinione di coloro i quali credettero scoprire nell'India bramanica l'origine dei giudizi di Dio, nè certo è ora il caso di combatterla, specialmente dopo i capitoli precedenti. Essa però può ripresentarsi in tutt'altro senso e in un campo molto più ristretto, quando si agiti la questione dell'origine dei giudizi di Dio presso i popoli di razza Ariana. Può infatti ammettersi che l'ordalia sia nata separatamente presso ciascuno di essi, oppure si può farla risalire fino agli Ariei primitivi, e considerarla così come parte di quel patrimonio comune di idee e di istituzioni, che le varie popolazioni arie portarono seco dall'antica patria, qual essa si fosse, e svolsero poi in modo tanto diverso.

La questione così posta, non è certo facile a risolversi. In generale quanto si riferisce agli Ariei prima della separazione, è ora più che mai dubbioso: per riguardo poi al diritto in modo speciale, vien meno quasi ogni aiuto linguistico, tanto che lo Spiegel, volendo ammettere un fondo comune d'idee giuridiche

deve congetturare che siano però scomparsi i termini giuridici primitivi (1).

Ciononostante si era dapprima corso parecchio con ipotesi più o meno arrischiate, fino a costruire, attribuendolo agli Arii, un intero sistema di diritto pubblico e privato, penale, civile e giudiziario, in cui non erano dimenticati i giudizi di Dio; ma per natural reazione, O. Schrader, noto specialmente per la ipotesi dell'origine europea dei popoli ariani, da lui sostenuta valorosamente (2), dopo aver date severe norme sul contributo, che è lecito attendere dagli studi linguistici per riguardo alla storia della civiltà (3), esagerò per avventura in senso contrario, affermando che di due soli istituti giuridici è certa l'esistenza prima della separazione degli Arii; cioè della vendetta del sangue e della composizione (4).

Dei giudizi di Dio, lo Schrader non parla, ed infatti ogni investigazione diretta a provare la loro esistenza presso gli Arii, prima della separazione, non dà che risultati negativi.

Neppure una sola forma di giudizio di Dio è esclusivamente propria della razza ariana, checchè ne abbia detto il Pictet (5), nè vi ha relazione etimologica di sorta fra le denominazioni date alle ordalie nei vari linguaggi ariani (6), nè infine tutte le ordalie indiane hanno riscontro presso i popoli europei, presso i quali viceversa troviamo, ad esempio, il duello, ed il *iudicium*

(1) *Die Arische Periode etc.*, p. 235.

(2) SCHRADER, o. c., parte IV, cap. IX. (*Heimat*). Cfr. Spiegel (o. c., p. 2-20) il quale, esposte le varie opinioni su questa gravissima questione, conchiude che la patria primitiva degli Arii non può ancora determinarsi con sicurezza, ma che però l'opinione, prima generalmente accolta, che la poneva nell'Asia centrale, è più che dubbiosa.

(3) SCHRADER, o. c., parte II, cap. VIII. (*Folgerungen*). L'A. vuole che l'investigazione linguistica non vada mai scompagnata dalla storica e preistorica, poiché essa ci dà solo lo scheletro, che la storia comparata della civiltà deve poi rivestire di carne e sangue.

(4) O. c., p. 410 seg. F. SPIEGEL (o. c., 312-313) reputa invece che il periodo da lui detto indo-celta, avesse già molto abbozzato nel campo del diritto, come in quello della religione. (*Schon bedeutend vorgearbeitet hatte*).

(5) Cfr. sopra o. c.

(6) PICTET, op. cit.

feretri, di cui non restano tracce, per quanto io sappia, nell'India e nella Persia.

Di più le varie popolazioni di razza ariana, dovevano molto probabilmente essere divise prima delle loro emigrazioni, e queste divisioni ed emigrazioni non poterono compiersi se non ad intervalli, e durante un lungo spazio di tempo, nè verranno mai ad essere ben conosciute, se prima non sarà definitivamente decisa la questione sulla primitiva patria comune.

Per tutte queste considerazioni sarei indotto ad affermare che l'esistenza delle ordalie presso gli Arii prima della separazione si possa più che provare, indurre (1). Certo, se i principj generali posti nel primo capitolo sono veri, agli Arii primitivi, che prima della loro separazione avevano già una religione (2), ed una costituzione sociale abbastanza progredite, non doveva punto essere sconosciuta un'istituzione universale, quanto la religione ed il diritto, ma, se la nostra ipotesi non fosse giustificata, alcune poche particolarità che ci colpiscono in alcune prove, ad esempio in quella dei vomeri infuocati, potrebbero benissimo spiegarsi per quel complesso d'idee, specialmente religiose, comuni a tutti i popoli ariani, nè basterebbero a provare in modo assoluto l'esistenza di quelle prove nel periodo anteriore alla separazione.

(1) Cfr. LEIST, op. cit., p. 607. In senso contrario è invece lo scritto del Kaegi, il quale si limita per ora ad esaminare le prove del fuoco, dell'acqua, ed il *judicium offæ*. L'origine comune dei giudizi di Dio in uso presso i vari popoli ariani è sostenuto anche da Bernhöft (*U. die Grundlagen der Rechtsentwick. bei den indogerm. Völkern. Zeitschr. für vergl. Rechtswiss.* II, 1880, p. 302). Geiger (*Ostiranische Kultur*, 1882, p. 460) e I. Jolly (*Augsb. Allg. Zeitung*, 1879, p. 2898) cit. da KAEGI pag. 42. Del Kaegi si veda anche la recensione dell'opera di ZIMMER « *Altindisches Leben* » nei *Jahrbücher für Klassische Philologie*, 1880, pag. 449. Delle idee di Leist e Bernhöft, che potrebbero anche trovar luogo in questa introduzione, parleremo invece nel capitolo seguente. Notiamo ancora che indianisti di gran nome, come il Lassen, certo però erroneamente, credettero che l'ordalia si fosse introdotta nell'India nell'epoca postvedica: vedi in seguito pag. 93.

(2) Sulla religione degli Arii primitivi cfr. TIELE, op. cit., libro IV, cap. I. F. SPIEGEL, op. cit., § 12, p. 127 seg. Di essa non si conoscono che le generalità e nulla più.

II.

Le ordalie indiane.

Bibliografia. — FONTI. *The sacred Laws of the Aryas* transl. by G. Bühler Oxford, 1879-1882 (in *Sacred Books of the East*, vol. II e XIV: vol. I^o codici di Apastamba e Gautama, vol. 2^o cod. di Vasishtha e Bandhâyana). *The Institutes of Vishnu* transl. by I. Iolty, 1880. (*Sacr. B.*, vol. VII). — *Manu* transl. by Bühler, 1886 (*Sacr. Books*, v. XXV). — *Yājñavalkya's Gesetzbuch sanskrit und deutsch* von A. F. Stenzler, Berlin 1849. — *Nāradiya Dharmaśāstra or the instit. of Nārada* transl. by Dr. I. Iolty, London 1876. — *Khandogya-Upanishad in the Upanishads* transl. by M. Müller, part. I, 1879 (*Sacr. Books*, vol. I). — ALI Ibrahīm KHAN. *On the trial by ordeal among the Hindus in Asiatic Researches*, vol. I, p. 339-404 (*the fifth ed.*, 1806 (1^a ediz., 1789). — *Pantschatantra übers.* von Th. Benfey, Leipzig 1859. — HIQUEN THSANG, CTESTA, STOBEO, BOUCHET. ecc., cit. in appresso.

Letteratura. — STENZLER, *Die Indischen Gottesurtheile. Zeitsch. der d. morg. Gesell.*, 1855, IX, 661-682. SCHLAGINTWEIT, *Die Gottesurth. der Indier*, München, 1866. WEBER'S, *Indische Studien*, vol. I, 232 seg., 240. IX, 44, XIII. 164, 171. NELSON, *A prospectus of the scientific study of the hindu Law*, London 1821. QUILLET-DESERVOIS, *Étude sur le D. Hindou*, Paris 1885. DARESTE, *Les anciens codes brahmaniques. I. des Savants*, 1884, 45-54, 82-96. LASSEN, *Indische Alterthumskunde*, Bonn, 1847-62, 4 vol. e append. — ZIMMER, *Altindisches Leben*, Berlin 1879. M. MÜLLER, *Indien in seiner weltgesch. Bedeutung* (übers. von Cappeller), 1884. THONISSEN, *Droit criminel des peuples anciens*, Bruxelles 1869. IOHANTZEN, *U. das Gesetzbuch des Manu*, Berlin 1863. BARTHÉLEMY SAINT HILAIRE, *La législation hindoue. Journ. des Savants*, 1889, (febbraio a maggio).

1. — Lo studio della civiltà indiana, aperto agli Europei da circa un secolo, recò immensi vantaggi, soprattutto alle scienze storiche e filologiche: ma l'entusiasmo, facile a nascere per ogni nuova scoperta, e l'aver attribuito ai monumenti letterari dell'India un'antichità ben superiore, per quanto pare, alla reale, condusse a confondere con troppa precipitazione le istituzioni indiane colle istituzioni primitive, ed a cercare precipuamente nell'India la soluzione di quei problemi, che tanto occupano gli scienziati moderni, diligenti investigatori delle origini prime delle istituzioni sociali. Di questa importanza eccessiva data allo studio della civiltà indiana si risentono, se pur non erro, e la

teoria del gruppo patriarcale di Sumner Maine, e più l'intera scienza delle religioni di Max Müller.

A poco a poco vengono però meno le illusioni. Così, per non parlare del codice di Manù, considerato, or sono ancora pochi anni, come antichissimo e prezioso documento giuridico, e paragonato ai più antichi libri della Bibbia, mentre ora alcuni gli negano quasi ogni valore (1), persino i Veda perdono nell'opinione dei dotti quel carattere popolare e primitivo, che si volle loro attribuire, e vengono ad essere considerati come libri d'origine sacerdotale, presupponenti un lunghissimo svolgimento anteriore, ed uno stato religioso assai avanzato (2).

Allorquando la critica delle fonti sarà definitivamente stabilita, e sparirà con ciò l'incertezza, per ora grandissima, sull'epoca a cui debbono attribuirsi le varie opere indiane, certo se ne potrà ricavare ben maggior frutto: per ora conviene però guardarsi accuratamente da ogni esagerazione.

Tutto ciò doveva essere ricordato, perchè non è mancato chi sostenesse che l'ordalia abbia conservato nell'India meglio che altrove la natura ed i lineamenti suoi primitivi (3), insistendo specialmente sulla recisa distinzione, che il diritto indiano pone fra le prove umane e le divine, cioè fra la prova testimoniale e documentale, e l'ordalia, alla quale si può solo ricorrere, quando la prima manchi intieramente. Ora, a parer mio, questo solo fatto basta per contro a dimostrare che invano si cercherebbe nei legislatori indiani il concetto primitivo dei giudizi di Dio, che dovettero essere un tempo il principal mezzo di prova, come ho cercato di dimostrare nell'introduzione, e non il mezzo estremo, cui si ricorre solo in mancanza d'ogni altro. Del resto l'esame delle minute prescrizioni, che i legislatori indiani danno riguardo ai giudizi di Dio, ed in cui tengono conto della stagione, delle condizioni atmosferiche, dell'età, del sesso, della professione, delle condizioni di salute dell'accusato, e via dicendo, non possono che confermarci nella nostra opinione,

(1) V. NELSON, o. c., p. 12, 36.

(2) In questo senso è l'opera di Barth, *Religions de l'Hinde*, 1879.

(3) Cfr. sopra o. c.

perchè troppo spesso vediamo la prudenza umana, che vuol venire in aiuto alla divinità, e, direi quasi, facilitarle il compito di far giustizia.

Possiamo dunque aggiungere l'opinione ricordata agli altri errori parecchi, cui diedero origine le ordalie indiane. Se a proposito del giudizio di Dio, il nostro pensiero corre subito all'India, non è già perchè quell'istituzione vi sia nata, o vi abbia conservato il suo carattere primitivo, ma solo perchè le ordalie indiane sono, insieme colle germaniche, le meglio conosciute, e perchè esse per il carattere conservatore comune a tutte le società teocratiche, ma esagerato ancora in qualche modo dagli Arij dell'India, si conservarono, si può dire, fino ai nostri giorni, per cui, dai primi cenni che ne fanno i Veda, possiamo seguirne la storia per ben trenta secoli o più.

Lassen (1) aveva bensì creduto che i primordi dell'ordalia indiana si dovessero ricondurre al periodo postvedico, ma a torto, poichè nel codice di Manù si parla delle *ordalie che i Veda prescrivono* (VIII, 190), ed inoltre la prova del fuoco è senza dubbio ricordata in un inno dell'Atharva-Veda, che quantunque redatto dopo gli altri Veda, è forse il più antico di tutti quanto al contenuto (2).

2. — Di quest'inno (II, 12) abbiamo parecchie versioni (3); seguirò quasi intieramente quella dello Zimmer, che è l'ultima ed anche la più soddisfacente.

L'interpretazione dell'inno in questione è assai difficile e diede luogo a parecchie ipotesi. Zimmer crede che esso consti di due frammenti di contenuto affine, di cui il primo si riferirebbe alla prova del ferro infuocato, il secondo, composto dei due ultimi versetti, alla prova del fuoco, quale è ricordata da Manù. Questa ipotesi è favorita dal fatto che i due ultimi versetti sono nell'originale di metro diverso dai precedenti, e che essi sembrano pronunciati da chi soprintende alla prova, mentre i primi lo sono dall'accusato.

(2) O. c., *Anh. zum III und IV Band*, p. 8.

(3) Tiele, o. c., p. 126.

(4) Di SCHLAGINTWEIT, o. c., p. 13-19 con copioso commentario; di WEBER, *Ind. Stud.*, XIII, p. 164-171 (1873); di ZIMMER, o. c., p. 183 seg.

Prima di Zimmer, Weber aveva congetturato che l'ultimo versetto fosse un'aggiunta secondaria, che avesse per scopo di adattare l'inno anche alla seconda forma di ordalia; non mi pare però che il penultimo versetto si possa ragionevolmente scindere dall'ultimo, d'altra parte resterebbe sempre incomprensibile il versetto quarto, ogni qualvolta lo si riferisse alla prova del fuoco propriamente detta.

Ecco ora il testo, tradotto letteralmente.

1. Cielo e terra e l'ampio spazio dell'aria; la signora della campagna; colui che fa lunghi passi, misterioso (*Vishnu*), e l'ampio spazio dell'aria, che ha Vata per custode, questi debbono essere scottati, se io sono scottato.

2. Udite questo, o Dei, che siete degni di venerazione; Bharadvāya (nome di un autore di inni) canta per me gli scongiuri; possa essere posto in ceppi, essere gettato nella disgrazia, chi guasta questi disegni.

3. Indra, bevitore di *soma*, odi ciò per cui con ardente cuore ti chiamo; voglio spaccare come ceppo coll'ascia colui che guasta questo nostro disegno.

4. Per i tre volte ottanta cantori di Sama, per gli Aditya, i Vasu e gli Anghira — la beatitudine dei padri possa proteggerci! — io tengo quella con divino ardore.

5. Voi cielo e terra possiate guardarmi, voi o Dei tutti, ponetevi al mio fianco, voi Anghira, voi o Mani degni del *soma*: cada in disgrazia, chi compie opere degne di aborrimento.

6. Chi ci disprezza, o Maruti, chi vilipende lo scongiuro, che si opera qui, a lui siano ardenti i suoi raggiri, lui, che odia lo scongiuro, opprima da ogni parte il cielo.

È questo il primo frammento, in cui possiamo distinguere quattro parti: nel primo versetto un'invocazione al cielo, alla terra e ad altre divinità, o meglio uno scongiuro, o un modo di esprimere la propria fiducia (questi devono essere scottati, ecc.): nel secondo e terzo versetto, imprecazioni contro chi vuole attraversare i *disegni*, cioè, probabilmente contro chi voglia turbare l'esito della prova; nel quarto e quinto, pronunziando i quali l'accusato doveva prendere il ferro rovente, un'invocazione agli Dei, ed agli antenati, ed insieme un'imprecazione

contro il colpevole, o forse di nuovo, contro chi voglia turbare la prova; infine, nel sesto versetto un'imprecazione contro chi, compiuta la prova, dubitasse ancora dell'innocenza dell'accusato, contro chi si ridesse degli sconiuri.

Notiamo che questo frammento, indeterminato qual è, potrebbe anche riferirsi alla prova della caldaia, da cui si tolga un oggetto qualsiasi.

Il secondo frammento può tradursi così:

7. Con questo sacro scongiuro io tagliuzzo i tuoi sette spiriti vitali, ed i tuoi otto midolli: tu ti sei avviato ben preparato all'abitazione di Yama, avendo Agni per messaggero.

8. Io pongo il tuo piede nel fuoco acceso, e che conosce il vero; o il fuoco deve divorare il tuo corpo, o l'anima ritornare alla vita.

Qui non è più l'accusato, o chi per lui, ma il sacerdote che parla: il sacro scongiuro distrugge, secondo lui, la vita dell'accusato, la cui anima già entra nel regno di Yama, Dio dei morti, guidata da Agni. Egli pone allora il corpo nel fuoco, che lo distruggerà se è colpevole, mentre se è innocente la sua anima ritornerà in vita. Così almeno mi pare si possa intendere questo passo.

Nel Pancaviṅga-Brāhmaṇa del Sāmaveda (1) è pure ricordata la prova del fuoco, probabilmente come la vedremo in Persia, consistente cioè nel passare fra due roghi accesi: vi si narra che in una disputa sulla casta, uno dei contendenti, Vatsa, si sottopose alla prova del fuoco per dimostrare di essere un bramano, non il figlio di una donna Sūdra e *neppure un capello gli fu bruciato*.

Nel Khāndogya Upanishad (2), che appartiene pure ai Brāhmaṇa del Sāmaveda, si descrive invece la prova del ferro infuocato per un accusato di furto: eccone le parole « figlio mio, essi conducono un uomo di cui hanno legate le mani: ed essi dicono: egli ha preso qualche cosa, egli ha commesso un furto...

(1) WEBER, *Ind. St.* IX. 44. SCHLAGINTW, 19-20. Il fatto è riportato pure nel codice di Manu (VIII, 116).

(2) *Pr.* VI. Kh. 16. 1-2. (*Sacred Books*, I, p. 108.

« Fate infuocare per lui l'ascia ». Se egli ha commesso il furto... e prende l'ascia infuocata, si brucia e viene ucciso. Ma se non è colpevole.... e prende l'ascia, egli non si brucia, ed è liberato ».

Sono queste le memorie più antiche sui giudizi di Dio nell'India: notiamo quanto ad esse, che secondo Max Müller (1), le parti più antiche dei Veda risalirebbero a 3000 anni avanti Cristo, mentre il periodo dei Brāhmana comincerebbe almeno 800 anni avanti l'era volgare.

3. — Passiamo ora alle fonti giuridiche, fra cui hanno speciale importanza gli antichi codici bramānici di Gautama, Baudhāyana, Vasishtha, Apastamba e Vishnu, redatti secondo Max Müller fra l'anno 600 e il 200 a. C., ma di cui non si può determinare con certezza se non l'antichità relativa, che è appunto indicata dall'ordine con cui li abbiamo ricordati (2).

Dei primi quattro codici, quello solo di Apastamba, cioè il più recente, ricorda i giudizi di Dio in generale, senza specificarne le forme, o limitare i casi in cui debbono essere usati. Solo è detto che il re non deve punire per semplice sospetto, « ma dopo aver con cura investigato (il caso) per mezzo d'ordalie, e domande (rivolte ai testimoni), il re deve procedere alla punizione » ed altrove che « in casi dubbi (i giudici) debbono dare la loro decisione dopo aver accertata (la verità) per mezzo di induzioni, ordalie e simili mezzi (3).

Invece tutti e quattro i codici si occupano a lungo della prova testimoniale, che appare la più importante, se non l'unica usata.

(1) *Origine et développement de la religion*, p. 135.

(2) v. le prefazioni premesse alle versioni dei singoli codici nei *Sacr. Books*. MAX MÜLLER, *Indien etc.*, p. 94, n. 18 e JOLLY, *U. das indische Schuldrecht*, (Resoconto dell'Accad. di Baviera, 1877) ivi cit. Si noti che dei quattro primi codici, solo Vasishtha ricorda la prova scritta in un passo probabilmente interpolato. Questa prova è invece ricordata in primo luogo da Vishnu, vi, 23 e vii.

(3) APASTAMBA, Pr., II. Kh., II, 2-3. (*Sacr. Books*, II, p. 124) e Pr. II. Kh. 29, 6. Haradatta commentatore del XVI secolo, porta la tortura come esempio degli altri mezzi di conoscere la verità nei casi dubbi. Su lui vedi *Sacr. Books* II, XLIII-XLIV.

È degno di nota che Gautama, ad es., prescrive la prova testimoniale con tali parole, che paiono implicitamente escludere ogni altro mezzo. Vi leggiamo che «in casi dubbi la verità deve essere stabilita per mezzo di testimoni», ed altrove che «nessuna obbiezione deve essere mossa contro i testimoni in caso di danno (criminale)» (1); si noti che il primo versetto, anche per il modo in cui è redatto, pare in aperta contraddizione con quello sopracitato di Apastamba. Si deve forse dire che vi sia stato un momento di reazione contro le ordalie, ed un tentativo di svolgere la teoria della prova su basi più razionali? Potrebbe essere, ma non ho materiali sufficienti per affermarlo.

Notizie alquanto precise sulle ordalie si trovano per la prima volta in Vishnu (2), dove sono ricordate e descritte cinque prove, cioè quelle della bilancia, del ferro infuocato, dell'acqua fredda, del veleno, e della libazione sacra.

Non riporteremo le minutissime prescrizioni date per la costruzione della bilancia, perchè per noi non hanno importanza (3). La prova consisteva nel pesare l'accusato mediante una pietra od altro oggetto equivalente, e poi ripesarlo, dopo aver rivolto uno scongiuro alla bilancia: allora l'innocente doveva essere trovato più leggero.

È difficile dire su quale principio si basi questa prova: a parer mio abbiamo in essa un esempio di simbolismo nel diritto. La bilancia deve essere in questo caso un'ordalia introdotta in un periodo relativamente posteriore, e collegata col concetto tanto sparso, che ne fa un simbolo del diritto. Dopo l'invocazione agli Dei il colpevole fa precipitare la bilancia sotto il peso del suo delitto, o dello spergiuro (4).

(1) XIII, 1 e 9. V. ancora sulla prova testimoniale, VASISHTA, XVI, 27 seg. BAUDHAY. PRAS. I. Kh. 19, 7 seg.

(2) VISHNU, VI, 23, IX-XIV.

(3) Del resto tutto ciò è esposto minutamente nella diligente dissertazione dello Stenzler, il quale aggiunse una tavola in cui è ricostruita la bilancia, secondo le prescrizioni dei giuristi indiani (p. 665).

(4) Schlagintweit, non so come, ha creduto di trovare il concetto fondamentale della prova in questione in un versetto del *Pantschatantra* (II, 74), che

Per la prova del ferro infuocato si descrivono sette circoli larghi ciascuno 16 dita, poi, dopo aver diligentemente lavate ed esaminate le mani dell'accusato, si legano sopra di esse 7 foglie di *ficus religiosa*, e vi si depone una palla di ferro infuocato, pesante 50 palas. Egli deve allora percorrere lentamente i 7 circoli, e giunto all'ultimo gettare fuori la palla. Non mancano naturalmente gli scongiuri e le invocazioni ad Agni.

Nella prova dell'acqua l'accusato deve stare immerso durante il tempo necessario per andare a prendere e riportare una freccia lanciata a mediocre distanza; perciò egli abbraccia le gambe di un uomo ritto nell'acqua in un punto, ove questa gli arrivi all'ombilico.

Il veleno è preparato con sette granelli di *sringa*, pianta dell'Himalaya non ancora ben nota, ed è somministrato insieme a burro fuso: l'accusato che lo digerisce facilmente è rilasciato alla fine del giorno.

La così detta libazione sacra consiste nel bere tre volte nel cavo della mano, acqua in cui furono bagnate terribili divinità come gli Aditya: l'accusato è prosciolto se dopo quindici giorni o tre settimane non gli capita una grave disgrazia, o una brutta visita da parte del re (*heavy visitation by the king*). Per questa ultima disposizione la decisione dell'affare finisce col dipendere intieramente dal re, il cui cuore, si potrebbe forse dire colle parole dell'editto longobardo, è nelle mani di Dio.

Quanto ai casi in cui si deve ricorrere alle ordalie, Vishnu distingue fra cause, in cui esse sono sempre ammesse come ultimo mezzo, ed altre in cui lo sono solo, quando si raggiunga un dato valore. Alle prime appartengono le accuse per delitto contro il re, ed i casi di violenza. Quando si tratti invece di

egli traduce così: Il piatto della bilancia, benchè sia pieno di buone azioni e di buona condotta, precipita senza meritorii doni di (elemosine): per contro in alto sale il curvo e bucato braccio della bilancia, benchè (carico) di doni. (Op. cit., p. 31, n. 46). Benfey invece traduce così: Un pio, bravo e costante precipita in basso senza doni, il curvo e bucato braccio della bilancia, sale in alto per i doni.

Si tratta adunque della glorificazione dell'elemosina, probabilmente senza alcun accenno all'ordalia. Del resto il versetto manca in molti manoscritti.

denegato deposito, di furto e via dicendo, è imposto il giuramento se il valore non è superiore ad una determinata somma che varia secondo la casta dell'accusato; superata questa somma, è prescritta la libazione sacra, e superato ancora un altro grado, le altre ordalie.

Solo il Bramano usa sempre il giuramento invece della libazione sacra, di cui non può servirsi se non *come di prova preliminare del suo agire in buona fede in qualche affare futuro* (1).

Per regola generale, non si ricorre all'ordalia, se prima l'accusatore non si è dichiarato pronto a pagare la multa, se l'avversario risulterà innocente: si fa solo eccezione, quando l'accusa sia di delitto contro il re. Non si usa parimenti l'ordalia contro una persona riconosciuta per *onesta e virtuosa*, quantunque l'importanza della causa la richieda (2). Per contro non può servirsi del giuramento chi già siasi reso reo di un delitto, od abbia spergiurato altre volte.

Le ordalie si compiono sempre al levar del sole, davanti alle immagini degli Dei, ed in presenza degli assessori e dei Bramani, e l'accusato deve prepararvisi con digiuni ed abluzioni.

Oltre a queste regole generali, Vishnu si dilunga poi in minute prescrizioni, riguardanti le singole ordalie.

La prova del fuoco non può essere applicata ad individui affetti da certe malattie, fra cui la lebbra, nè ai fabbri (che per la loro professione usano spesso il fuoco): essa è vietata inoltre durante l'estate e l'autunno.

La prova del veleno è parimenti esclusa, quando l'accusato soffra di certe malattie, e durante tempi piovosi: essa inoltre non può mai essere usata contro un Bramano.

L'ordalia dell'acqua è vietata alle persone, che da essa traggono la loro sussistenza, come ad es. i pescatori, o che soffrono certe malattie, come l'asma, e quando la stagione sia fredda.

(1) ix. 16.... *except if it be done as a preliminary proof of his dealing fairly in some future transaction*. Così l'ordalia si cambia in un oracolo, e di prova del fatto diviene mezzo di apprezzare le qualità morali, e le intenzioni.

(2) ix. 19. Con ciò però non si deroga a quanto pare al precedente ix, 2, in cui è prescritta l'ordalia *indiscriminately* nelle accuse di delitto contro il re, o di violenza.

La sacra libazione non può usarsi cogli atei, nè in tempo di pestilenza o contagio.

La bilancia infine è specialmente riservata ai Bramani, alle donne, ai vecchi, agli infermi ed invalidi, ed è solo proibita quando spira vento impetuoso.

4. — Il Codice di Manù viene subito dopo ai citati, se veramente se ne deve porre la redazione verso il 200 avanti Cristo, come vuole M. Müller.

L'epoca è del resto molto incerta (1), ed è inoltre superfluo ricordare che ogni qualvolta si parla di antichità di un libro, non bisogna confondere la redazione col contenuto del libro stesso. E appunto nel codice di Manù pare che, accanto a materiali di data recente, ve ne siano pure di antichissimi.

Notiamo ancora che si dubita se il codice di Manù abbia mai avuto valore di legge positiva, se non forse per una setta speciale e poco numerosa, i Manavas (2).

Quanto alle ordalie di Manù, da Stenzler in poi è invalso l'uso di assegnar loro una posizione appartata in mezzo alle ordalie prescritte dagli altri codici; che anzi da questa particolarità, si è voluta dedurre l'alta antichità, se non della redazione, almeno del contenuto del Mánava-Dharma-Sastrà (3).

(1) Così ad es. il D.r Burnell, cit. in Nelson, pag. 36, n. 3, crede che la data non possa essere posta prima del 400 d. C., ma che la lingua e la forma siano relativamente così moderne, da lasciar credere che esso sia stato composto dopo. Nelson suppone che la redazione ora esistente possa assegnarsi al xiv secolo d. C., mentre d'altra parte riconosce che nel codice abbondano versetti antichi, ed autorevoli estratti, accanto ad una quantità di interpolazioni ed aggiunte di data recente (o. c., p. 37). L'antichità del codice di Manù fu altra volta esagerata oltre ogni credere. Anche oggidì Guillet-Desgrois scrive che l'ipotesi che attribuisce al xiii sec. a. C. *la gloire d'avoir produit le Mánava-Dharma-Sastrá*, non è per nulla esagerata. Quindi le due ipotesi estreme differiscono di ben ventisette secoli nell'assegnare la data del Codice.

(2) NELSON, p. 12.

(3) Cfr. anche la prefazione di Jolly alla versione di Narada, p. xiv. *But no other point of difference proves so distinctly the high antiquity of Manu, as the isolated position which he holds among the lawgivers as to the administration of ordeals.*

Questa opinione mi pare però molto esagerata. Le ordalie prescritte in Manù sono quelle del fuoco e dell'acqua, ed una specie di giuramento sul capo dei figli o della moglie, che giustifica chi lo presta, se subito non gli incoglie disgrazia. Ma quanto alla prova del fuoco, stante la brevità delle disposizioni di Manù, non si può ben capire quale ne sia la forma, come osservò benissimo lo Stenzler: chè anzi forse vi si accenna alla prova indistintamente, senza precisarne la forma. È bensì vero che il versetto 116, riportando la storia di Vatsa, ricorda la prova del rogo, ma le espressioni dei versetti 114 e 115 lasciano in dubbio (1). Forse essi si riferiscono ad una prova dei carboni ardenti, come pare creda per ragioni etimologiche Schlagintweit. Ad ogni modo sarebbe cosa temeraria il basare sulla forma della prova del fuoco un giudizio sull'antichità di Manù, mentre la stessa prova dell'Atharva Veda si trova indicata alla fine del secolo scorso in Ali-Hibrahim.

La prova dell'acqua è espressa con queste parole: *colui che l'acqua non fa galleggiare* (2). Su esse si basa specialmente la argomentazione di Stenzler, il quale osserva che mentre in tutte le altre fonti questa ordalia è diventata una semplice prova di resistenza, in Manù essa conserva l'antica forma, che ritroveremo poi fra i Germani, e secondo la quale l'acqua non accoglieva dentro di sé il colpevole, ma doveva invece respingerlo.

Si noti però che l'espressione del codice di Manù si adatta benissimo anche alla prova quale è descritta dagli altri. Tanto è ciò vero, che Narada, di cui diremo fra breve, ripete alla lettera il versetto di Manù, pur descrivendo poi la prova dell'acqua come tutti gli altri codici.

(1) Il vers. 114 dice: (il giudice) gli faccia prendere il fuoco (STENZLER: *er lasse ihn Feuer angreifen*. LOISELEUR: *qu'il fasse prendre du feu avec la main*. BÜHLER, *Or the (judge) may cause the (party) to carry fire*) ed il vers. 115: colui che il fuoco ardente non brucia. (STENZLER: *das entzündete Feuer: iddho'gnih*; LOIS., *la flamme*. BÜHLER, *the blazing fire*).

(2) Nella traduzione italiana del codice di Manù, pubblicata tra i documenti alla storia universale del Cantù e condotta sulla traduzione francese di Loiseleur-Deslongchamps, il *surnager* è diventato *annegarsi*.

Si potrà quindi affermare che l'espressione di Manù indichi meglio il concetto primitivo dell'ordalia, ma non già che la prova sia diversa.

Anche il giuramento, in seguito al quale lo spergiuro è colpito da disgrazia, non ha nulla di particolare, come si vedrà meglio fra poco.

Stenzler e, dopo lui, Lassen aggiungono che l'ordalia non è per Manù se non una forma più grave di giuramento (*eine Verschärfung des Eides*), e che solo più tardi fu posta in immediato rapporto coll'investigazione della colpa o dell'innocenza dell'accusato: ciò basandosi sul versetto seguente del codice di Manù (VIII, 115).

« Colui che il fuoco non brucia, che l'acqua non fa galleggiare, cui non incoglie prontamente una disgrazia, deve essere riconosciuto veridico nel suo giuramento ».

Ora questo versetto è letteralmente riportato otto o più secoli dopo in Narada (I, 5, 103).

Inoltre, in fondo, la prova della veridicità di colui che si sottopone all'ordalia si confonde colla prova del fatto, e ciò tanto più nelle controversie civili, alle quali pare che gli autori citati non abbiano pensato. Del resto il giuramento stesso è in Manù (1) vero giudizio di Dio, e conserva questo carattere, almeno nell'opinione di alcuni giuristi indiani, quasi fino ai giorni nostri (2).

Se poi ogni ordalia fosse preceduta da un giuramento, è ciò che non possiamo asserire con certezza: l'unica prova sarebbe il passo citato di Manù. Lo stesso scongioro rivolto, secondo i casi alla bilancia, al fuoco, all'acqua, ecc., è pronunciato dall'accusato stesso secondo Yajnavalkya, ma dal sacerdote secondo Vishnu ed altri.

In ultimo possiamo ancora osservare che, specialmente secondo la traduzione di Stenzler (o. c., 662), l'ordalia risulter-

(1) Già abbiamo detto che la stessa parola *devya* significa giuramento ed ordalia, benchè comunemente la si usi in questo secondo senso. Cfr. ALI-HI-BRAHIM KHAN, o. c., p. 389. Altro nome delle ordalie è *parixa*.

(2) Così nel Viramitrodaya del XVII sec., ma non in Raghunandana, e altrove. V. STENZLER, p. 663.

rebbe in Manù prescritta solo per i Sudra. Ciò per la connessione fra il versetto 113 e il 114. Pure il versetto 116 porta l'esempio del Richi Vatsa, di cui già abbiamo parlato.

5. — Il codice di Yajnavalkya, or ora citato, segue il codice di Manù a parecchi secoli d'intervallo, essendo stato redatto nel iv secolo dopo Cristo (1).

Ciò che vi si riferisce alle ordalie pare estratto da Vishnu, ed è esposto molto più in breve, però con parecchie differenze di poca importanza per noi. Così ad esempio variano gli scongiuri e manca ogni prescrizione riguardo alla stagione in cui debbono essere usate le varie ordalie: per contro vi si tiene già maggior conto delle diversità di casta, perchè, oltre a prescrivere la bilancia per i Bramani, è detto che il Sudra si purghi col fuoco, l'acqua od il veleno. Solo per errore, Dareste (p. 89) afferma che il nostro legislatore indica, senza descriverla, una nuova ordalia, quella dei 7 grani di frumento. Si tratta invece dei 7 grani di veleno, già prescritti da Vishnu.

Le istituzioni di Narada, ultimo dei codici bramanici, ed anche ultima opera giuridica indiana, cui ho potuto direttamente ricorrere (2), furono redatte nel v o vi secolo dell'era volgare, e sono importantissime anche come primo e non infelice tentativo di separare l'elemento giuridico dal rituale e teologico (3).

(1) Su questo codice, v. NELSON, p. 37 seg. Non avendo avuto opportunità di consultare la versione dello Stenzler, ricorsi alla traduzione inglese della parte riguardante le ordalie, nelle *Asiatic Researches*, 1, 102-104, riprodotta in francese in GUILLET-DESGRIS, o. c., 95-97.

Si riferiscono alle ordalie i versetti n. 95 e seguenti della traduzione di Stenzler.

(2) Oltre alla traduzione inglese da me citata, si è pubblicato un altro testo molto più esteso, ma non ancora tradotto, che conosco solo per larghi estratti dati da Kægi. Si scoperse pure da poco una terza redazione, di cui dovevano pubblicarsi estratti. (Cfr. Kægi, p. 45 e n. 18, 19, 28). Nella traduzione inglese si riferiscono ai giudizi di Dio i cap. v, 102 e vi-x della prima parte.

(3) DARESTE, o. c., pag. 90. Questi congettura (pag. 95) che Narada potesse avere qualche conoscenza del diritto romano, e precisamente di Paolo ed Ulpiano: ad altri il giudicare quest'ipotesi, che disgraziatamente il suo autore non ha giustificata citando le disposizioni di Narada, che gli fecero nascere lo strano sospetto.

Le ordalie descritte da Narada sono quelle stesse che già conosciamo da Vishnu; di più, secondo Jolly (1), si avrebbe un accenno alla prova del riso masticato, e della moneta d'oro tolta dall'olio bollente. Quanto alla prima, Narada, in fine del cap. ix che tratta della prova della libazione, dice solo che l'accusato deve toccare il capo dei sacerdoti, oppure prendere in bocca grani di riso (2). Se si considera la posizione del versetto, si deve ritenerlo come un compimento della descrizione della prova della libazione; ma il vedere che quanto in Narada si riferisce alle ordalie pare un sunto d'opera più estesa, ci autorizza a considerare questo versetto a parte, ed allora possiamo credere che vi si accenni alla prova del riso, come pure ad un giuramento pronunciato toccando il capo dei sacerdoti. La seconda prova è ricordata in un versetto in cui N. fra le parti costitutive della procedura enumera pure l'oro e il fuoco per l'ordalia (3).

Credo si debba inoltre segnalare la prova di virtù (*proof of virtue*), di cui è fatta menzione insieme con altre ordalie nel I, v, 102. A questo proposito si noti che anche Qanka, citato da Stenzler, ricorda fra le ordalie quella *delle azioni religiose e benefiche* (*religiöse und wohlthätige Handlungen*) di cui non so rendermi conto (4).

(1) Prefaz. cit., pag. xiv.

(2) I, ix, 8. *The accused shall touch the heads of priests, or take grains of rice into his mouth.* Riferendo questo versetto alla prova della libazione ci troveremmo di fronte ad una particolarità, che non ha riscontro in nessun altro libro giuridico indiano.

(3) I. 16. Ecco questo versetto, come semplice curiosità. « Le otto parti costitutive della procedura giudiziale sono il re, i suoi ufficiali, gli assessori, il libro della legge, l'abbachista e lo scriba, oro e fuoco per le ordalie ed acqua per rinfresco ».

Il testo ampliato di Narada (ed. Maior, I, 343-348 in KEGEL, p. 53) descrive infatti la prova dell'oggetto d'oro o d'altra materia, che deve togliersi dal burro liquefatto.

(4) Forse con questa *prova di virtù* s'intende esprimere quanto prescriveva già Vishnu, ix, 19 (Cfr. sopra pag. 99), che cioè non si usa l'ordalia colle persone riconosciute per *oneste e virtuose*.

Si possono anche citare come collegate ad un concetto, che ha rapporto al giudizio di Dio le strofe seguenti. (I, v, 93-94).

«....Ma se una parte per atto provvidenziale (*by the act of fate*) è abbandonata dai suoi testimoni in un affare giuridico, il saggio non l'assolverà, anche ad onta di un'ordalia».

È questa una disposizione strana invero, e che si direbbe quasi implicare un concetto fatalistico, in opposizione al principio della giustizia divina, che trionfa nell'ordalia indiana; quanto meno, se il fato si considera come espressione del volere divino, troviamo qui un nuovo mezzo con cui la divinità manifesta in modo irrevocabile il suo giudizio, ed il suo volere.

Quanto ai casi, in cui si deve ricorrere al giudizio di Dio, Narada ricorda il delitto commesso in una foresta solitaria, di notte, o nell'interno d'una casa; i casi di violenza, denegato deposito, furto; ogni caso, in cui si neghi un'obbligazione ed infine l'accusa di poca moralità fatta ad una donna. (I, v, 104, 106).

La prova dell'acqua vien detta la migliore (I, VII, 14): però non può essere sempre applicata, ma nello scegliere più una che l'altra ordalia, si ha riguardo alla stagione (I, v, 113, 114, 117), alle malattie eventuali (118), all'età, al sesso, e di più alla casta. Le prescrizioni date su quest'ultimo punto non si trovano in nessuno degli altri codici finora ricordati: per il Bramano si deve ricorrere alla bilancia, per lo Ksathria al fuoco, per il Vaigya all'acqua, per il Sudra al veleno. Credo però che si tratti più d'una raccomandazione che di un ordine (1); altrimenti mal si capirebbero le altre prescrizioni, che, secondo le varie circostanze, limitano l'uso di alcune ordalie.

Le differenze tra Narada ed i giuristi anteriori nella descrizione delle singole prove sono parecchie, che sarebbe lungo e poco utile ricordare. Così ad esempio, mentre Vishnù esclude esplicitamente ogni veleno, che non sia lo *sringa*, Narada accenna anche ad un veleno tratto dal corno di un animale. Quanto agli scongiuri pronunciati dal sacerdote, essi in gran parte si avvicinano a quelli di Vishnù, salvo alcuni che sembrano invece tolti da Yajnavalkya.

(1) Vedi infatti in seguito quanto osserva Ali Hibrāhim Khan.

6. — Gli altri libri giuridici (1), Cankha, Likhita, Kâtyâyana, Hârîta, Vyâsa, Brihaspati, Pitamaha sono citati da Stenzler (2) sulla fede di tre opere giuridiche posteriori, che ancor oggi sono in vigore, cioè del *Viramitrodaya* (opera di Mitramiçra, redatta nel XVII° secolo), del *Divya tattva* di Raghunandana, e del *Mitâkshara* opera della seconda metà dell'XI secolo, attribuita a Vijnâneçvara, e che forma ancora la base del diritto odierno nell'ovest e sud dell'India.

Le antiche cinque prove sono ricordate anche in questi autori, con spiccata tendenza a rendere sempre meno pericolosa la prova del ferro infuocato. Così Pitamaha aggiunge alle 7 foglie di *ficus religiosa* poste sulla mano fiori, grano tostato e latte coagulato; i tre scrittori ultimi, come se tutto ciò non bastasse, prescrivono ancora, basandosi sulla tradizione orale, 7 foglie di acacia, e 7 di *panicum dactylon*, onde a ragione osserva lo Stenzler che diveniva necessario un miracolo perchè l'accusato si scottasse, come prima perchè rimanesse illeso.

Secondo Pitamaha, i cerchi tracciati per la prova del fuoco devono essere nove, ciò che non cambia punto la prova, poichè l'accusato partendo dal primo cerchio, fatti sette passi, e giunto così all'ottavo cerchio, deve gettare il ferro infuocato nel nono. Ogni cerchio è consacrato ad una divinità.

Di più secondo Harita, anzi già secondo Narada, se si presta fede al *Viramitrodaya* citato da Stenzler si cinge il capo dell'accusato con una pergamena su cui è scritta una preghiera ad Agni.

(1) Sopra la ricchissima letteratura giuridica indiana si può vedere STENZLER, *Zur Literatur der ind. Gesetzbücher* in *Weber Ind. Stud.*, I, 232-246.

(2) Vedi op. cit., p. 664, dove si enumerano le varie ordalie, che ciascuno di questi giuristi deve aver conosciute, a giudicarne dalle citazioni che ne fanno le tre opere posteriori consultate dallo Stenzler. S'intende che il trovare un giurista ad es. Vyâsa, solo citato a proposito della bilancia, non ci autorizza menomamente a credere che esso non parlasse delle altre ordalie.

Alcuni di questi scrittori, Kâtyâyana, Brihaspati, Pitamaha, ecc., debbono essere pubblicati, tradotti da Jolly nei *Sacred Books*, anzi Kægi ne dà già alcuni estratti. Finora però la traduzione non è comparsa.

Alla palla di ferro infuocato si sostituisce col tempo una piccola sbarra, che talvolta pesa solo 16 *palas*.

Accanto alle prove che già conosciamo, molte ne troviamo non ancora ricordate. Così Harita, oltre al giuramento ordalia, come in Manù, prescrive la prova del riso e la sorte, Kâtyâyana il riso e l'olio bollente; Brihaspati poi e Pitâmaha, alle prove tutte sopracitate aggiungono anche il vomere infuocato, che l'accusato di furto (specialmente di furto di bestiami) deve leccare.

La prova del riso è descritta da tutti senza differenze importanti: l'accusato si porta, alla sera antecedente alla prova, nel luogo dove questa deve compiersi, e vi passa la notte; la mattina seguente, a digiuno, mastica del riso non spogliato ancora della pula, ed umettato nell'acqua in cui fu bagnata l'immagine di una divinità. Se trema o se gli sanguina la bocca, è riconosciuto colpevole. Pitamaha restringe l'uso di questa prova alle accuse di furto.

Secondo Pictet l'ordalia del riso si fonderebbe sulla credenza, che l'assenza di saliva, prodotta dall'emozione, debba tradire il colpevole; è anche questo uno dei soliti tentativi per trovare una causa razionale in usi che si basano esclusivamente sulla superstizione. La ragione di questa prova mi pare invece svelata dal bagno nell'acqua, in cui fu immerso un idolo, anticamente certo un feticcio.

Le sorti sono due immagini, una d'argento, l'altra di piombo, o creta, o ferro, rappresentanti la prima il genio della giustizia, la seconda quello dell'ingiustizia; oppure due pezzetti di tela, su cui dette immagini sono dipinte.

La prova dell'olio bollente consiste nel togliere una moneta d'oro dall'olio bollente, talora mescolato con burro; altre volte pare si usi la semplice immersione della mano o del braccio, o si estraiga invece della moneta un altro oggetto, ciò che non c'importa gran fatto.

Quanto alle altre prove, chi volesse conoscere le numerose differenze, del resto di poco conto, che vi sono fra le prescrizioni dei diversi giuristi, potrà ricorrere alla dissertazione diligentissima dello Stenzler, già ripetutamente citata.

7. — Alle opere giuridiche indiane possiamo in qualche modo riunire l'importante monografia di Ali Ibrahim Khan, capo del tribunale di Benares, verso la fine del secolo scorso.

Nell'anno 1783, dietro l'insistenza delle parti, egli aveva ordinata una prova del ferro infuocato, che effettuata alla sua presenza e *secondo le prescrizioni del Mitâkshara, o commento a Yajnavalkya*, era finita coll'assolutoria dell'accusato; altra volta egli aveva presieduto alla prova dell'olio bollente, che non era stata favorevole all'accusato, benchè questi avesse voluta la prova, e continuasse poi a proclamarsi innocente (1). Il governatore generale di Calcutta informato di ciò, si accontentò di domandare spiegazioni abbastanza frivole, che gli furono *rispettosamente* date dal *Wellwisher to mankind*, come chiama sè stesso Ali Hibrâhim. Di più questi scrisse pochi anni dopo la importante memoria, comunicata alle *Asiatic Researches*, allora appunto comparse.

L'A. pare si fondi specialmente sulle due opere testè citate, ed inoltre ricorda anche Kâtyâyana; ma la speciale importanza del suo scritto dipende dal descrivere egli la pratica dei tribunali indiani del suo tempo, per cui troviamo in lui ordalie non ricordate da alcun altro scritto giuridico.

Lasciando le prove della bilancia, dell'acqua, della libazione sacra, del riso, della palla o ferro di lancia infuocato, dell'olio bollente (che l'A. chiama semplicissima), e quella delle sorti, troviamo che, oltre la prova comune del veleno (in cui però sono permesse molte sostanze velenose, non solo i grani di *sringa*), è anche descritta un'altra prova, che consiste nell'introdurre

(1) Ali Hibrâhim per riguardo all'ordalia è in una disposizione d'animo che naturalmente si presenta sempre quando il giudizio di Dio sta per scomparire, e che noi avevamo perciò segnalata nell'introduzione, senza aver presente questo esempio. Egli non osa condannare l'ordalia, ma intanto non ha più la fede inconcussa nell'intervento divino. Sospetta perciò che vi possa essere qualche causa naturale, che un buon scienziato potrà certo scoprire. « After » all (scrive egli p. 398), if such a trial could be seen once or twice by severall » intelligent men, acquainted with natural philosophy, they might be able to » assign the true reason why a man's hand may be burned in some cases, » and not in others ».

la mano in un profondo vaso di terra ed estrarre un anello, un sigillo, o una moneta, che vi si trova insieme ad un serpe velenosissimo, il *naya*.

L'esserne morsicato è prova della colpa.

Interessantissima è poi la prova del fuoco, che ci fa ricordare le espressioni dell'inno vedico già citato.

Una fossa lunga nove palmi, larga due spanne, e profonda una, si riempie di fuoco di legno di *pippal*, e l'accusato deve attraversarla a piedi nudi.

Ali Hibrahim espone anche le regole del Mitàkshara, riguardo alla scelta fra le varie ordalie e ricorda la distinzione per caste, già da noi esposta, ma aggiunge che un Bramano può essere provato con qualsiasi ordalia, eccettuato il veleno, e che un accusato di qualsiasi casta può ricorrere alla bilancia. Le donne non possono mai essere sottoposte alla prova del veleno o dell'acqua. Segue l'enumerazione dei mesi e giorni in cui sono permesse le singole ordalie, e del valore che deve avere l'oggetto in controversia perchè vi si ricorra. Da ciò si deduce che le ordalie, quanto alla loro gravità, sono così distribuite in ordine decrescente: veleno, fuoco, bilancia, libazione sacra, riso. Secondo Kàtyâyana, l'ordine decrescente sarebbe invece questo: veleno, fuoco, acqua, bilancia, olio bollente, riso, libazione sacra, sorti.

Di Kàtyâyana, *legislatore ispirato*, l'A. pare approvi la dottrina per cui l'accusato di furto o frode può essere giudicato con un'ordalia, quantunque il fatto possa essere provato con testimoni.

Questa non doveva però essere l'opinione comune, la quale piuttosto è esposta nel seguente versetto del Panchatantra (l. c.); « Nelle accuse si cercano documenti e, se questi mancano, testimonianze; se non si ha neppure un testimone, allora i savi prescrivono i giudizi di Dio. Anche quando un uomo d'infima condizione serva come testimone, non è ammissibile il giudizio di Dio ».

Ciò è espresso anche da Yajnavalkya (2, 22), e, salvo per i reati sopra eccettuati, dallo stesso Kàtyâyana, citato da Stenzler. Egli infatti sostiene che quando una delle parti si richiama

ad una prova umana, l'altra ad un giudizio di Dio, il giudice deve dar la preferenza alla prova umana; che il giudizio di Dio non è da usarsi nemmeno quando si possa provare solo una parte dell'accusa, ed infine che la prova scritta esclude la testimoniale, nonchè i giudizi di Dio.

Aggiungiamo ancora che secondo Pitamaha, se non v'è prova, e le parti non vogliono giudizio di Dio, il re decide la controversia. È un atto d'arbitrio, oppure si considera il re come ispirato dalla divinità? È ciò che non si può decidere con certezza, ma l'ultima ipotesi non mi pare improbabile (1).

Quando l'accusato si fosse giustificato col giudizio di Dio, l'avversario era punito anticamente colla multa, in seguito anche con pena corporale.

Alcuni legislatori (2) permettono del resto all'attore di sottoporsi egli al giudizio di Dio, e dare così la prova delle sue affermazioni; altri pare lo proibiscano.

Kàtyâyana è anche il solo giurista indiano conosciuto, che permetta, anzi ordini in certi casi la sostituzione di un campione all'accusato; ciò deve avvenire quando quest'ultimo sia reo di *uno dei grandi peccati*, o sia infedele, o nato da una casta mista, o per qualsiasi altra causa non faccia parte dell'organizzazione sociale bramánica.

8. — Con ciò abbiamo finito l'esame delle fonti indiane; ci resta a passare brevemente in rassegna le notizie date da stranieri, e che non sempre concordano con quanto finora abbiamo visto.

Fra gli scrittori greci, da cui possiamo trarre qualche notizia, primo per data è Ctesia di Gnido, che visse nel secolo v avanti Cristo, e dimorò a lungo alla corte di Artaserse Mne-mone. Nei frammenti del suo libro sulle cose indiane (3), egli ci dà notizie di una certa fonte, la cui acqua si coagulava a guisa di cacio, aggiungendo che se allora se ne desse a bere nell'acqua quanto tre oboli, chi aveva bevuto, diveniva per qual-

(1) Cfr. sopra pag. 98.

(2) STENZLER, o. c., 679.

(3) Ἐκ τῶν Ἰνδικῶν xiv, in *Ctesiae Gnidii operum reliquiae* ed. F. BAEHR, 1824, p. 251.

che tempo come pazzo, ed in tale stato svelava tutto ciò che avesse commesso; laonde avverte Ctesia, che il re se ne serviva per conoscere i delinquenti, e condannava a morire di fame chi avesse confessato in seguito a questa prova, mentre assolveva chi tacesse.

Lassen (1) mostra di menar buona questa notizia di Ctesia, in conferma della quale cita l'accento che il pellegrino cinese Fahien (2) fa di una *bevanda medicinale*, usata ad uno scopo identico, in un paese ad ovest dell'Indo, e quanto scrisse Plinio (3) sulla radice di certa erba, che presa nel vino sotto forma di pillole, fa sì che l'imputato sia tormentato da visioni ed allucinazioni fino a che confessi. Quale possa essere il vero valore della narrazione di Ctesia, non so; certo essa ci ricorda molto quei racconti di prove favolose, tanto sfruttati in seguito dai romanzieri alessandrini, e passati poi nella novellistica dell'Europa medioevale, come diremo a suo tempo. Inoltre è da osservarsi, che Antigono Carystio (*Hist. mir.*, 160), Strabone (xvi), Diodoro Siculo (II, 14), e Plinio (H. N., xxxi, 2) (4), citando tutti Ctesia, ricordano una fonte, la cui acqua faceva impazzire momentaneamente chi ne bevesse, ed alcuni di essi espressamente aggiungono l'osservazione che per tal modo si svelavano i segreti; tutti però pongono la fonte nell'Etiopia, per cui si può credere che a questa regione appunto si riferisca il racconto di Ctesia, da noi ricordato (5).

È molto più esteso, ed interessante, quanto troviamo in un frammento di Porfirio (6), il quale espressamente attesta di ri-

(1) O. c., II, p. 649-650.

(2) Fahien, o come altri scrive Fa-Hian, pellegrino buddista, visitò l'India al principio del v secolo dell'era volgare. V. NELSON, O. C., 30.

(3) *Nat. hist.*, xxiv, 102.

(4) I passi di tutti questi scrittori sono riportati da Baehr in nota al frammento di Ctesia (p. 309-310).

(5) V. però la nota dello stesso Baehr al cap. 32 (p. 344). Egli osserva che spesso gli antichi davano il nome di India all'Arabia e all'Etiopia, ciò che fin d'allora generava talvolta confusioni.

(6) πορφυριου ἐκ τοῦ περὶ Στυγός in STOBÆI, *Eclogarum phisic. et ethic.*, I, 1, cap. 3, n. 56. (Lipsiæ Teubner, 1860, tom. I, p. 37 seq., ed. A. Meineke). Cfr. LASSEN, Op. cit., III, p. 348, 364-5.

cavare la sua narrazione dagli scritti di quel Bardesane gnostico, che in Babilonia ebbe rapporti cogli ambasciatori indiani inviati all'imperatore Antonino (secondo secolo dell'era volgare), e da loro apprese interessanti notizie sull'India.

Bardesane scrisse che ai suoi tempi vi era una palude, dagli Indiani chiamata *scrutatrice* (δοκιμαστηριαν), per mezzo della quale si giudicava, quando alcuno fosse accusato di qualche peccato volontario. I Bramani lo invitavano allora a sottoporsi alla prova, e in caso di rifiuto, lo consideravano come convinto; se invece acconsentiva, gli facevano attraversare la palude insieme cogli accusatori, che provavano per tal modo di non aver avuto animo di calunniare (δοκιμασθησόμενοι μὴ συκοφαντῶσιν). Mentre all'innocente l'acqua arrivava solo fino alle ginocchia, il reo d'un tratto sprofondava fino al capo, ed era allora consegnato a quelli che lo avevano accusato, e riconosciuto degno di pena. Del resto raramente il colpevole osava sottoporsi alla prova.

Anche questo racconto ricorda assai le prove descritte nei romanzi di Achille Tazio e di Eustazio, di cui parleremo in seguito, pure questa rassomiglianza non ci autorizza a negargli senz'altro ogni valore, poichè un fatto vero potrebbe aver dato origine ai racconti romanzeschi degli autori citati (1). Ed appunto a tener per vero quanto ci è attestato da Bardesane ci conduce il trovare presso gli Slavi una procedura, che presenta straordinarie analogie con questa, come si vedrà in seguito.

9. — Le notizie, che intorno alle ordalie ci dà Hiouen Thsang, celebre pellegrino buddista, che viaggiò l'India verso l'anno 648 d. C., ci riconducono intieramente all'ordalia indiana (2); credo però che, almeno per quanto riguarda questa materia, non tutte le notizie di Hiouen Thsang siano da accogliersi senza beneficio d'inventario.

(1) Continua Bardesane a narrare di una prova non meno meravigliosa, ma che serviva solo come rito d'iniziazione. Si tratta di una porta di un tempio sotterraneo, che può essere aperta solo dagli individui di costumi illibati: ὅσοι εἰσι καθαροὶ ἀπὸ τῆς φαυλότητος τοῦ βίου. Cfr. anche LASSEN, Op. cit. II, p. 348-349.

(2) *Mémoires sur les contrées occidentales*, traduits... par St. Julien. Paris 1857, vol. I, p. 84-87. Su Hiouen-Thsang v. NELSON, Op. cit., p. 30-34.

Questo intanto è certo, che se non avessimo se non lo scritto di questo viaggiatore, non riusciremmo mai a farci un concetto esatto della prova della bilancia, sulla quale egli ci dice solo che « si mette un uomo ed una pietra sui due piatti d'una bilancia, e si ricava la prova dalla leggerezza o dal peso. Se l'accusa è falsa, l'uomo cade in basso e la pietra sale, se è vera, il peso della pietra vince quello dell'uomo ». Nulla ricorda dunque la duplice pesatura, che è la base della prova.

Inoltre Hiouen-Thsang non cita che quattro forme d'ordalia, diverse tutte intieramente da quelle che conosciamo; quindi anche ammesso, che quanto egli ci dice sia esatto, ha almeno ignorate le prove le più comuni.

La prova dell'acqua consiste, secondo lui, nel porre l'accusato ed una pietra in due sacchi riuniti, e gettarli poi in un corso d'acqua: « se l'uomo va a fondo e la pietra galleggia, egli è riconosciuto colpevole; se l'uomo galleggia, e la pietra va a fondo si vede che egli è innocente ».

Si vede da ciò, che la prova è semplicemente ridicola; è ben vero che di tali prove non mancano esempi (1), ad ogni modo va notato che altrove, in un'opera buddistica citata da Schlagintweit (2), i dubbi sorti sulla paternità del bambino, che la moglie di Cakyamani, fondatore del buddismo, aveva partorito dopo sei anni di separazione dal marito, vengono dimostrati insussistenti mediante una prova analoga a questa, ma in cui la pietra deve galleggiare. Essendo stato posto il bambino in uno stagno sopra una gran pietra, questa rimase alla superficie *come una foglia*, e così venne provata la castità della madre (3).

(1) Ricordiamo ad es. la prova germanica dell'acqua fredda, che deve scottare il colpevole.

(2) O. c., pag. 26. Schlagintweit, forse tratto in errore da questa leggenda, fraintese poi completamente il passo di Hiouen-Thsang, supponendo che anche secondo quest'ultimo la prova dell'innocenza si desumesse dal restar la pietra alla superficie dell'acqua.

(3) A questo proposito non possiamo non ricordare che la legittimità dei neonati era provata presso i Celti esponendoli sopra uno scudo nel Reno: gli illegittimi soli andavano a fondo.

La prova del fuoco descritta da Hiouen-Thsang è assai rigorosa, poichè l'accusato deve sedere sul ferro rovente, applicarvi poi mani e piedi, ed infine passarvi la lingua. Però, continua questo viaggiatore, «vi sono uomini molli e timidi, che non possono sopportare il calore del fuoco. Essi prendono nelle loro mani fiori non ancora sbocciati, e li gettano sulla fiamma. Se l'accusa è falsa, i fiori sbocciano, se è fondata, subito sono arsi».

Per la prova del veleno «si prende un agnello, gli si fende la coscia destra, poi si spargono vari veleni sopra una parte degli alimenti mangiati dall'accusato, e s'introduce nell'apertura praticata. Se l'accusa è fondata, il veleno produce il suo effetto, e l'animale muore. Se al contrario è falsa, il veleno perde la sua forza, ed esso conserva la vita.

È veramente un po' difficile capire a che entrino in questa prova gli alimenti mangiati dall'accusato, tanto che quasi nascerebbe il sospetto che l'A. abbia per avventura confuse in una due prove diverse, quella comune del veleno, e quella del capretto avvelenato, che abbiamo già vista presso i Mongoli.

Le notizie dateci da Hiouen-Thsang, si chiudono con un'osservazione molto ottimista: *au moyen de ces quatre épreuves*, scrive egli, *on ferme la voie de tous les crimes*.

10. — Avvicinandoci più all'epoca nostra, cresce grandemente il numero degli scrittori, che si occuparono dell'India, e diedero qualche notizie sulle ordalie.

Citiamo subito il gesuita P. Bouchet, sulla cui lettera (1) riguardante il diritto indiano, richiamò meritamente l'attenzione il Nelson (2).

Secondo questo missionario la prova più comune sarebbe stata quella dell'olio bollente, dopo la quale la mano si avvolgeva nella tela, per essere poi visitata passati tre giorni.

Prima della prova si lavavano accuratamente le mani dell'accusato, e gli si tagliavano le unghie, *de peur qu'il n'ait quelque remède caché, qui l'empêche de se brûler*.

(1) *Lettre du P. BOUCHET* (Pondichéry, 2 ott. 1714), in *Lettres édifiantes et curieuses*. Rec. xiv. Paris 1720, p. 321-410. Trattano dell'ordalia le p. 371-77.

(2) Op. cit., p. 118, 125 etc.

Tanto questa ordalia, come parecchie altre prove del fuoco erano spessissimo usate per autorità privata dei padri di famiglia e specialmente dei mariti (1), che sospettavano della fedeltà della moglie, ed a questo riguardo i cristiani seguivano intieramente gli esempi dei pagani.

Il Bouchet ne porta tre esempi: una moglie cristiana tormentata dalla gelosia del marito, si offrì a provare la sua innocenza coll'olio bollente, e subito presa in parola dal marito, tenne la mano immersa nel liquido bollente fino che a questi piacque, ritirandola poi illesa. Così almeno asserisce il Bouchet, che conosceva gli sposi, e fu testimone della gelosia feroce, cui successe la più illimitata fiducia.

Un altro cristiano denunciò i sospetti ai suoi concittadini pagani, e per volere di tutti la moglie pure cristiana, dovette fare venti passi portando *sull'estremità della tela, che le copriva la testa, una trentina di carboni ardenti. Se la tela bruciava essa doveva essere dichiarata colpevole* (2). La prova ebbe invece buon esito, ed al Bouchet non restò che imporre adeguata penitenza al geloso marito.

Un'altra donna infine, dovette leccare delle tegole infuocate.

Bouchet ricorda anche la prova del serpente, che deve morsicare il colpevole, esattamente come la descriveva settant'anni dopo, e per un'altra parte dell'India, Ali-Hibrahim; infine ci fa testimonianza di un uso curioso, di cui abbiamo già veduto un esempio presso i Malesi.

Quando fosse involato un oggetto prezioso, prima di ricorrere alle ordalie si convocavano tutte le persone sospette, e si dava loro un vaso fatto di tal materia, che si scioglieva nell'acqua: ciascuno gettava poi il suo vaso in una vasca piena d'acqua e spesso avveniva che dopo un certo tempo, sciolti i vasi, vi si

(1) Una prova della castità per mezzo del fuoco è descritta già nel *Ramayana*. Sitta, sposa di Rama, allontana così i sospetti ingiusti del marito, che le rimproverava di essersi data a Ravana.

(2) Prove consimili si trovano anche in Europa, almeno nella leggenda. Basti ricordare Briccio, successore di S. Martino, che si sarebbe purgato in modo analogo dall'accusa di adulterio. GREG. DI TOURS, cit. in seguito.

trovasse l'oggetto furtivo. Se lo stratagemma non riusciva, si procedeva ad esaminare le varie persone coll'ordalia.

L'abate Dubois (1), che visse trent'anni fra gli Indiani, fra Mahé et Pondichéry, ci ha pure lasciate notizie preziose sul modo con cui le varie ordalie erano praticate al principio del nostro secolo.

Spesso la sua descrizione ci fa ricordare le regole date da Narada, ma non mancano però differenze anche notevoli: egli si diffuse specialmente nell'espore le cerimonie rituali, che precedono ed accompagnano le prove, ma su esse non ci dilungheremo.

Notiamo che nella prova dell'acqua, all'uomo che doveva stare in piedi per servire di punto d'appoggio all'accusato, è sostituito un palo, e, ciò che è molto più importante, che talora accusato ed accusatore sono costretti a sottoporsi entrambi alla prova, ed allora è reputato colpevole chi primo ricompare alla superficie.

Nella prova del veleno, è considerato innocente chi sopravvive tre giorni, benchè indisposto. Nella prova del serpente, questo è posto in un paniere, insieme con un anello, o una moneta che l'accusato deve prendere cogli occhi bendati.

« Non sono solo i magistrati ad ordinare le prove (così scrive Dubois), ma anche i semplici privati si credono in diritto di farlo. Per esempio, per scoprire l'autore di un furto, un padre di famiglia sottopone ad una prova tutta la gente di casa; un capo di villaggio gli abitanti del luogo, sui quali cadono i sospetti; un marito geloso la moglie, di cui sospetta la virtù ».

Questo uso delle ordalie nei tribunali domestici, di cui abbiamo trovato tanti esempi, è insieme il più antico, e quello che si conserva più a lungo, quando già è scomparsa ogni traccia di giudizio di Dio nei tribunali pubblici.

Il Dubois riporta in fine l'esempio di una giovane, sua vicina, che costretta dal marito ad immergere il braccio fino al gomito in un vaso d'olio bollente, morì di cancrena, in seguito alla prova.

(1) *Mœurs et institutions des peuples de l'Inde*, t. II, append. p. 546, riportato integralmente in GUILLÉT-DESGROIS, Op. cit., p. 99-103.

11. — Per non dilungarci maggiormente, tralascieremo i racconti di altri viaggiatori, che non potrebbero essere in gran parte che ripetizioni di quanto già si è detto, per ricordare solo che anche in Kamaon (1), i giudizi di Dio più in uso erano quello del ferro rovente portato ad una certa distanza, la prova dell'olio bollente, in cui si immergeva la mano, e la prova della bilancia. Questa si compiva così: colui che doveva esservi sottoposto veniva di notte pesato, servendo a tal uopo pietre che erano poi conservate gelosamente rinchiusa e sigillata da chi soprintendeva al giudizio: si ripeteva il peso il mattino seguente, e l'esito della causa dipendeva dall'essere egli trovato più o meno pesante di quello che lo fosse la sera precedente.

Talvolta si usava pure la prova dell'acqua fredda, ed allora si doveva restare sott'acqua per tutto il tempo impiegato da un uomo a percorrere due volte lo spazio di un tirar d'arco. S'introdusse poi anche l'uso di gettare in uno stagno due fanciulli che non sapessero ancora nuotare: *the longest liver*, scrive Traill, *gained the cause*.

Il veleno era usato in casi specialissimi; era riconosciuto innocente chi sopravviveva. Un ultimo modo di ricorrere alla divinità, consisteva nel porre nel tempio davanti all'idolo la somma di danaro, o una zolla del terreno in controversia; una delle parti prendeva poscia il danaro o la zolla, imprecaando sopra di sé la collera della divinità, ove avesse proclamato il falso ed agito ingiustamente. Se entro sei mesi, nessuno fra i più stretti parenti era colpito dalla morte, chi aveva voluta la prova guadagnava la causa (2).

Le stesse ordalie dovevano pure essere in uso nel regno di Nepal.

Un'ultima osservazione prima di finire questo lungo capitolo.

Ancor non sono molti anni, parecchi scrittori, anche di vaglia, sostenevano che i Germani avessero conosciute le ordalie, solo dopo la loro conversione al cristianesimo, per opera del

(1) G. W., TRAILL, *Statist. Sketch of Kamaon. As. Res.*, 16 (1828) p. 172-73.

(2) HAMILTON, *Account of the Kingdom of Nepal*, p. 103, in SCHLAGINTW., p. 5.

clero cattolico, che ne aveva appreso l'uso dai Celti, e dagli Indiani; ma questa ipotesi è oramai per sempre sfatata.

Pure le ordalie indiane non furono affatto sconosciute nel medio evo, come generalmente si crede.

Colle novelle indiane, meravigliosamente trasmesse all'Europa medioevale (1), passarono senza dubbio anche parecchie leggende, in cui avevano parte i giudizi di Dio. Nella maggior parte dei casi, si tratta di donne sottoposte al giudizio di Dio (2) da mariti gelosi, o da padri severi, le quali riescono a deludere la giustizia divina con qualche stratagemma, e si burlano così degli oracoli più sacri.

Per non portarne che un esempio famoso, ricordiamo la *bocca di verità*, che la leggenda attribuiva a Virgilio, narrando, che se una donna infedele vi introduceva la mano e giurava di essere innocente, questa vi rimaneva imprigionata e si scopriva così la colpa, ma che infine una donna scampò dal pericolo con un ingegnoso ripiego, e d'allora in poi la *bocca di verità* perdette ogni virtù.

Di questa prova è fatta menzione in Grimm (3) ed in moltissimi altri scrittori, di cui alcuni, ad esempio Pfalz (4), pare non ne mettano punto in dubbio la realtà.

Noi non cercheremo se qualche fondo di verità, naturalmente trasfigurata, possa esserci in questa prova, alla quale si avvicina assai una forma d'ordalia, che abbiamo vista usata da alcune tribù africane; certo però ci troviamo qui in presenza di una storiella indiana, che si trova nel *Cukasaptati* (5) ed altri

(1) Sulle varie teorie sorte in proposito cfr. G. PITRÈ, *Novelle popolari toscane*. Firenze 1885, xiii e seg.

(2) Di queste prove della castità, specialmente nei romanzi greci, e nei poemi cavallereschi fece una enumerazione, certo non completa, Du MERIL nella sua introduzione a *Floire et Blancefor*. Paris 1856, pag. CLXIV-CLXIX. Vedi però specialmente G. RUA, *Novelle del « Mambriano » del Cieco da Ferrara*, 1888, pag. 73-83.

(3) *Rechtsalterth. Eid*.

(4) *Gottesurth*. p. 13, n. 6.

(5) *Pantschatantra*, trad. cit., I, 457. D. COMPARETTI, *Virgilio nel Medio Evo*. Pisa 1872, vol. II, p. 120-122. G. RUA, op. cit., 79.

libri di novelle, e che passò in Europa con tante altre leggende affibbiate poi a Virgilio.

Che le novelle indiane, penetrate così in Europa, abbiano potuto avere qualche influenza sull'ordalia germanica, è davvero difficile ad ammettersi, pure non ci è parso inutile ricordare questo fatto, almeno a titolo di semplice curiosità, e per ovviare a possibili errori, come quello segnalato.

III.

L'ordalia presso gli Eranii.

Bibliografia. — *The Zend-Avesta* (parte I e II, trad. da Darmesteter; parte III, trad. da Mills). *Sacr. Books*, vol. IV, XXIII, XXXI, 1880-87. — *Avesta*, trad. par C. De Harlez, Liège, 1875-77, 3 vol. — SPIEGEL, *Eran. Alterthumskunde*, 1871-78, 3 vol. — *Die arische Periode*, cit. — DARESTE, *L'ancien droit des Perses* (Extr. du *C. R. de l'Ac. des Sciences*, 1883, o negli *Études d'hist. du Droit*. 1889. — DE HARLEZ, *De l'exégèse et de la correction des textes avestiques*, Leipzig 1883. — PIOTET, *SOHLAGINTWEIT*, Op. cit. — RAPP, *Die Religion u. Sitten der Perser*, etc. *Zeitsch. der d. morgenl. Gesell.* XIX, p. 78.

1. — Quanto sono copiose e dettagliate le notizie che noi abbiamo sull'ordalia presso gli Indiani, altrettanto sono scarse ed incerte quelle che si riferiscono ai popoli eranici in generale, e specialmente ai Persiani.

Presso questi ultimi, a quanto afferma lo Spiegel (1), il primo accenno ai giudizi di Dio si trova in Firdusi, autore certamente di non piccolo valore, anche come fonte storica (2), ma relativamente assai recente.

Il fatto narrato da Firdusi (3) è il seguente: Sudàbe, moglie del re, innamorata di Siàvaksh, e da lui respinta, per vendicarsi lo accusa al suo sposo. Questi cerca di conoscere la verità

(1) *Die arische Periode*, p. 241.

(2) Sul valore di Firdusi, come fonte storica v. SPIEGEL, *Eran. Alterth.*, I, 488, seq.

(3) Traduz. di Pizzi, vol. II, p. 337 seq. (Torino 1887). Cfr. SPIEGEL, Op. cit., I, 597.

per mezzo di astrologi, ma inutilmente, perchè non si trova l'oroscopo di Siàvaksh. Non resta che ricorrere ad un giudizio di Dio: si preparano perciò due enormi cataste di legna, fra cui vi è tanto spazio da permettere il passaggio ad un cavaliere. Accese le cataste, Siàvaksh le attraversa illeso; Sudàbe, convinta così di calunnia, benchè pretenda che l'esito della prova sia stato turbato con incanti, è condannata a morte, ma Siàvaksh intercede per lei, e le è condonata la pena con grande consolazione del povero marito, sempre innamorato.

La città di Ebergûh, a quanto racconta la leggenda, fu appunto fabbricata sulle ceneri del rogo (1).

Vediamo qui ricordato anche l'uso di ricorrere ad astrologi, che dall'oroscopo conoscono le azioni degli uomini; si vede però che la decisione così ottenuta non è considerata come giudizio di Dio.

All'infuori di questo passo di Firdusi, Pictet ed altri hanno ravvisato un accenno al giudizio di Dio nei seguenti passi del *Vendîdâd*, prima parte dell'*Avesta* (2).

« Davanti all'acqua e al fuoco vampeggiante, o Spitama Zarathustra, nessuno ardisca negare, avendo ricevuto dal suo vicino il bue o l'abito. Colaggiù la pena per questo fatto, deve essere grave quanto altra al mondo; cioè per il fatto che avviene quando un uomo, mentendo scientemente, affronta la sulfurea, aurea acqua, che conosce il vero, con un appello a Rashnu, ed una menzogna a Mithra.

(1) SPIEGEL, Op. cit., I, 96, n. 2.

(2) Sull'*Avesta* e sulla religione di Zoroastro, v. parecchi articoli di BARTHELEMY ST. HILAIRE nel *Journ. des savants*, 1878: SPIEGEL, Op. cit., I, 710 seq. e specialm. III, 771 seq.: le introduzioni di Darmesteter alla sua traduzione del *Vendîdâd*, e di Mills alla terza parte dello *Zend-Avesta*, come pure l'introduzione di De Harlez alla sua versione. Per l'*Avesta* accadde appunto come pei libri indiani; se ne fece cioè risalire l'autichità fino a 2000 anni av. C., benchè a quanto osserva il De Harlez (*De l'exégèse ecc.*, p. 3) « la haute antiquité de l'*Avesta* n'aie jamais reposé sur un fondement sérieux ». Nel libro ora citato (p. 75-107) si accentuano vigorosamente le differenze fra la civiltà vedica e la persiana; vedi come di speciale importanza per noi, il confronto fra il culto del fuoco, presso i due popoli (p. 95-96).

» O fattore di questo mondo materiale, tu santissimo, colui il quale, mentendo scientemente, affronta la sulfurea, aurea acqua, che conosce il vero con un appello a Rashnu, ed una menzogna a Mithra, quale è la pena, che egli deve ricevere? ».

« Ahura Mazda rispose: settecento colpi col Aspahê-astara, settecento colpi col Sraoshô-karana (1) ».

Darmesteter, di cui segue la traduzione, crede si tratti qui del giuramento sul fuoco e sull'acqua, e sappiamo infatti che questa forma di giuramento aveva grande importanza presso gli antichi Erani (2); De Harlez osserva, che il passo è uno dei più difficili dell'*Avesta*, e riportata l'opinione di Spiegel che vi scorreva una specie d'ordalia non decide (3).

Per vero dire alcune parole, e specialmente l'epiteto di *révélatrice* o *conoscitrice della verità*, dato all'acqua, ci fanno subito pensare al giudizio di Dio; ma Darmesteter avverte che appunto intorno a questo epiteto la versione è dubbia. È quindi più prudente lasciare in sospeso la risoluzione della questione.

2. — Oltre i Persiani, appartengono alla famiglia Eranica parecchie altre popolazioni, tra cui gli Sciti. Riguardo a questi, è degno di menzione un passo d'Erodoto (IV, 68-69) che non so di aver visto citato da altri.

Narra Erodoto, « che quando si ammala il re, sono chiamati tre individui fra i più rinomati, perchè facciano conoscere la causa della malattia. Questi si servono di un fascio di verghe

(1) Trad. di Darmesteter. *Vendidad*, farg. IV, 46, 54-55. (*Sacred Books*, vol. IV, p. 45-48). La traduzione di De Harlez, che pare condotta sopra un altro testo, dà un senso diverso al vers. 46 (128-129 nella trad. di De Harlez) e rende gli altri così:

155. « Il ment sciemment à l'eau du serment, à l'eau dorée et révélatrice, » en affirmant un droit, et mentant à une convention ».

156-158. « Créateur des mondes! Quel est le châtement de celui, qui ment » sciemment à l'eau du serment, à l'eau dorée, révélatrice, en affirmant un » droit, et mentant à une convention? Ahura Mazda répondit: qu'il frappe » 700 coups de l'aiguillon, 700 du Çraoshocarana ». (Vol. I, p. 123-124).

(2) SCHLAGINTWEIT, Op. cit., p. 13. RAPP, l. c., p. 7^a.

(3) Cfr. anche GEIGER, *Ostiran. Kultur*, 1882, p. 460, e GELDNER, *Studien zum Avesta*, 1882, p. 101 citati da KLEIN p. 56. Questi ritiene senz'altro che si tratti delle ordalie.

di salice, e per lo più accusano poi una persona qualsiasi di aver *spergiurato sui lari regi* (questa specie di giuramento era assai usata). L'accusato è subito arrestato, e, se confessa, ucciso; se nega, si chiamano altri indovini in numero di sei: i quali danno il loro parere, dal quale non vi è appello, se concorda con l'affermazione dei primi indovini. Che se per avventura se ne allontanano, si chiamano altri e poi altri indovini, e si decide secondo il maggior numero di voti. Gl'indovini che risultano alla fine menzogneri, sono messi a morte».

Si noti in questo racconto, della cui veridicità non saprei dubitare, non solo l'uso di ricorrere ad indovini per scoprire i colpevoli, ma anche la credenza che le malattie, anzichè da cause naturali, siano prodotte dalla divinità offesa (1).

(1) Alla razza iranica appartengono pure gli Osseti del Caucaso, presso cui si troverebbero ancora tracce di ordalie. Cfr. DARESTE, *Études etc.*, pag. 152.

CAPITOLO QUINTO

L'ordalia presso le popolazioni greco-italiche.

Bibliografia. — PIETRO VIGO, *I giudizi di Dio nell'antichità* (classica). *Annali degli istit. tecnico e nautico di Livorno*, VIII, 1880-81. — B. W. LEIST, *Græco-italische Rechtsgeschichte*, Jena 1884. — *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts* (Civilistische Studien, IV) 1877. — BERNHÖFT, *Staat und Recht der röm. Königszeit*, Stuttgart 1882. — JHERING, *Geist des röm. Rechts*, 4^a Aufl., 1878-83. — A. FANTA, *Der Staat in der Ilias u. Odyssee*, 1882. — SCHÖMANN, *Antiquités grecques*, trad. Galuski, 1884-87. — TÉLFY, *Corpus iuris attici*, 1868. — A. BOUCHÉ LECLERQ, *Hist. de la divination dans l'antiquité*, vol. II. — CARLE, *Le origini del diritto pubblico e privato di Roma*, Torino 1888. — ESMEIN, *Mélanges d'histoire du droit*, 1886. — DARESTE, *Études d'histoire du droit*, 1889. — ID., *Loi de Gorthyne*. *Comp. Rend. de l'Acad. des sciences moral. et polit.*, 1885. — *Traduzioni della legge di Gortina di COMPARETTI* (Firenze 1885), LEWY (Berlin 1885), BERNHÖFT (Stuttgart 1886). — E. CURTIUS, *Storia greca* (trad. Müller e Oliva), 1877. — MARQUARDT und MOMMSEN, *Handbuch der röm. Alterthümer*, vol. II e VI, 1876-78. — ZOCCO-ROSA, *L'età preistorica, ed il periodo teologico-metafisico del diritto penale a Roma*, 1884. — ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Gesch. des griech. — röm. Rechts*, 2^a Aufl. 1877. — I classici greci in generale s'intendono citati secondo l'edizione Didot.

1. — Se noi ci facciamo a considerare il diritto romano, ed il germanico, quali essi ci si presentano al momento delle invasioni barbariche, quando d'un tratto si trovano di fronte, ed in antagonismo fra di loro, ci sembra quasi impossibile che il maestoso edificio giuridico, innalzato dalla sapienza romana, possa avere alcun che di comune colle rozze leggi dei nuovi conquistatori. Ma se poi rimontiamo col pensiero ai primordi del diritto romano, e ci soffermiamo, sia su quei pochi concetti primitivi che ne formano come il nucleo, sia su quei riti solenni, che, osservati rigorosamente, anche quando se ne ignora ormai il significato, accompagnano ogni atto della vita giuridica, ci si presentano allora chiare e numerose analogie coi di-

ritti di tutti i popoli affini, e si capisce come Jhering (1) abbia potuto paragonare il primitivo diritto romano, con quello che fu ottocento o mille anni dopo il diritto germanico.

Lo stesso si può dire in gran parte per il diritto greco (2), anche da chi non voglia menar buona l'affermazione del Bernhöft, secondo il quale il diritto dei tempi omerici rappresenterebbe nell'evoluzione giuridica uno stadio inferiore a quello raggiunto dal diritto germanico delle *leges barbarorum* (3).

Nel periodo storico uno dei punti, in cui il diritto greco ed il romano più recisamente si contrappongono ai diritti degli altri popoli arii dell'Europa, ed in ispecial modo dei germani, è nell'aver essi un vero giudizio nel senso moderno della parola, ed una pubblica pena dei delitti, mentre dall'altra parte dura il sistema della composizione, ed una procedura basata essenzialmente sull'ordalia e sul giuramento (4). Limitandoci per la natura di questo lavoro alla parte processuale, dobbiamo ora vedere se restino tracce di un periodo, in cui i Greci ed i Romani non si scostassero gran fatto dagli altri popoli or ora ricordati, e nominatamente ricorressero ancor essi al giudizio di Dio.

(1) *Geist ecc.*, I, 81. Quanto alla procedura in modo speciale v. E. HERMANN, *Über die Entwicklung des altdeutschen Schöffengerichts (Untersuch. zur d. Staats- und Rechtsg. x)*, 1881, p. 3-70. (*Die Verwandtschaft der ältesten Processformen der Römer und Germanen. Die Verwandtschaft der Gerichtsorganisation*) benchè non tutte le sue opinioni mi sembrano abbastanza probabili.

(2) Unisco qui i Greci ed i popoli italici, poichè, sia che essi abbiano realmente vissuto a lungo uniti come alcuni pretendono (v. BERTHELOT et DIDIER, *Hist. inter. de Rome*, 1885, I, p. 5 seq.) sia per altra ragione (v. BERNHÖFT, p. 39) essi svolsero analogamente molte delle loro istituzioni giuridiche e d'altra parte siamo avvezzi, e non a torto, a riunirli ogni qualvolta si parli della civiltà antica.

(3) BERNHÖFT, *Op. c.*, p. 40.

(4) BERNHÖFT, *Op. c.*, p. 39. Non capisco invece come LEIST, *Græco-ital. Rg.*, p. 7, ponga come differenza essenziale fra l'organizzazione dei germano-slavi da una parte, dei celto-italo-greci dall'altra, il non trovarsi presso i primi le istituzioni sacrali, così fortemente stabilite come presso i secondi. In generale poi, mi pare che egli abbia esagerata l'importanza dell'elemento sacro. Bernhöft crede invece, che la divisione fra celto-italo-greci da un canto, e germano-slavi dall'altra non abbia ragione d'esistere quanto al diritto (O. c., I. c.).

2. — Lo affermarono parecchi, nessuno però più recisamente del Leist (1), il quale volendo ricostruire l'antico diritto greco-italico, come egli lo chiama, sostenne essenzialmente, che al periodo dell'illimitata difesa privata, della reazione brutale ed immediata del leso contro l'offensore, succedette un periodo di *vendetta e difesa privata giuridicamente organizzate*, in cui si combatteva coll'avversario per la cosa in controversia, e si credeva, che gli *Dei* pronunciassero il loro giudizio, accordando la vittoria a colui dalla cui parte stava il diritto.

Allora ogni lesione del diritto costituiva un'*injuria* nell'antico senso della parola (2), e da ogni *injuria* nasceva una *actio vindictam spirans*, la *generalis actio sacramenti* (3), cioè a dire un'azione, colla quale si indiceva il duello, unico mezzo, cui si ricorresse per finire ogni controversia (4). Il giudice, non era colui che decideva, ma solo colui che introduceva il processo (5): l'azione per *parricidium* (Mordklage), l'azione per *injuria*, l'azione *aiō rem meam esse* non erano che applicazioni diverse di quell'unica forma primitiva, dell'azione nella quale si constataba davanti al giudice, ed in presenza dell'avversario, il proprio diritto, s'invocava la giustizia divina mediante il giuramento, e si iniziava poi il duello, cioè la lotta che si compie sotto gli occhi degli *Dei* per constatare la volontà divina (6).

La *legis actio sacramento in rem*, che non è se non la trasformazione dell'*actio aiō rem meam esse* esistente da migliaia di anni (7), conservò ancora in massima i tratti dell'a-

(1) Le idee del Leist sono esposte secondo la *Græco-ital. Rg.*, p. 133, 497, e specialmente secondo i *Civilistische Studien*, IV, 87-110, 130 seq. etc., a cui il Leist stesso rimanda.

(2) *Omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur.* D. 47, 10, 1. Leist, *Studien*, p. 96.

(3) *Studien*, p. 108.

(4) *Studien*, p. 88. *Nach der Auffassung des indogermanischen Urvolks ward ieder Process durch Kampf und Gottesurtheil entschieden.* Il Leist parla però unicamente del duello, e mai degli altri giudizi di Dio.

(5) *Studien*, 109. *der Richter nicht der Urtheilende, sondern nur der Processeinleitende ist.*

(6) *Studien*, p. 96.

(7) *Studien*, p. 87.

zione primitiva; nominatamente, nella celebre frase *ecce tibi vindictam imposui*, la parola *vindicta*, che fu interpretata in tanti modi diversi, non era originariamente se non la sfida a duello (*Kampfansage*) (1). Questo significato primitivo andò poi naturalmente perduto. Si cominciò infatti a diminuire il numero dei duelli mediante la libera *conventio* delle parti, che si sceglievano esse stesse di comune accordo un *iudex*, obbligandosi con giuramento a rispettarne la decisione (2); in seguito il duello venne intieramente abolito colla diretta ingerenza della comunanza, che giudicava col mezzo dei suoi rappresentanti, od anche essa stessa in massa (3) nelle assemblee popolari.

Abolito il duello, si continuò però sempre a concepire il processo come *una lotta, un duello* fra le parti, e di questa concezione si serve il Leist per spiegare varie regole procedurali comuni in gran parte ai romani ed ai germani (4).

(1) *Studien*, p. 97, n. 4.

(2) *Studien*, p. 131.

(3) *Studien*, p. 109.

(4) *Studien*, p. 104 e seg. Eccole in breve: a) Ogni giudizio deve compiersi di giorno (*sol occasus suprema tempestas esto*); b) e solo in certi giorni, *dies fasti*, perchè si sottopone la causa al fas, cioè al giudizio di Dio; c) precede il giuramento, il quale era indispensabile per attrarre il raggio della divinità a considerare il duello; d) come nel duello reale il vinto cadeva in potere del vincitore, vincolato però dal sottinteso (*Hintergedanken*) del tallione, della *par vindicta*, così nel processo il reo è abbandonato, con eguali limitazioni al vincitore, e se ve ne ha più d'uno, si giunge fino al *partes secanto* delle XII tavole.

« Poichè l'*actio sacramenti* era una provocazione alla lotta reale, il comparire armati non è una formalità, ma indica originariamente la pura realtà, che cioè si verrà tosto al duello (p. 102). Presso i Romani sarebbe traccia di questo comparire armati la *festuca*, che sostitui l'asta nel processo di vendicazione. Confesso che le spiegazioni date dal Leist alle regole citate, mi paiono più acute che vere, nè so, per esempio, quanti vorranno concedere che in ogni processo il vinto cadesse in potere del vincitore, anche quando si affermi ciò solo per i tempi antichissimi. Quanto all'ultimo punto, mi pare che troppo spesso si dimentichi che l'asta (sostituita poi dalla festuca) compare nel processo di rivendicazione, almeno secondo Gaio, come simbolo del dominio quiritario, non della lotta, sia pure fittizia, e perciò si impone non all'avversario, ma alla cosa rivendicata (v. GAIO, IV, 16, seq.). »

«Tutta la procedura posteriore, scrive il Leist (*Græco-ital. R. g.*, p. 133), ha conservato il principio fondamentale del duello giuridicamente organizzato, ma con questo progresso, che la lotta non deve più compiersi proprio fisicamente, ma solo spiritualmente per il diritto in presenza del tribunale costituito» (*nicht mehr wirklich physisch, sondern nur geistig um das Recht*).

Come si vede, non manca alle idee del Leist coordinamento sistematico, chè anzi le sue ipotesi ci danno l'intera teoria della procedura, e la sua storia fino alla costituzione dei veri giudizi pubblici.

Pure io non credo di poterle accettare: i tre stadi della procedura descritti dal Leist (cioè: 1° ogni processo terminato col duello o il giudizio di Dio; 2° il duello scongiurato talvolta coll'arbitrato; 3° il duello abolito per l'ingerenza della comunanza, che avoca a sè il giudizio) non corrispondono alla realtà delle cose, e nascono da concetti aprioristici, non dall'osservazione dei fatti.

Non si può credere che ogni processo finisse necessariamente con un giudizio di Dio, che fosse cioè intieramente sconosciuto l'arbitrato, e l'amichevole interposizione degli amici comuni in un periodo di *difesa privata giuridicamente organizzata*, nè d'altra parte si abolisce il duello e il giudizio di Dio per l'ingerenza della comunanza, che richiama a sè il giudizio sulle controversie dei suoi membri. Leist non ha visto nel duello se non quanto vi ha di difesa privata del diritto (*Selbsthülfe*), non lo ha invece considerato come mezzo di prova compatibilissimo anche col giudizio pubblico (1). Per questa unilateralità nel considerare il duello, egli ha potuto confonderlo con la *faida* o guerra privata, affermando che la *vindicta* romana non è altro che la *Fehde* o *faida* germanica (2), mentre d'altra parte, come già

(1) Anche nella sua opera recentissima «*Altarische Jus gentium*» (1889, p. 347) il Leist pare dimentichi l'uso delle ordalie e del duello come mezzo di prova, affermando che con questo e con quelle si ricerca il diritto, mentre invece di regola ordinaria si tende solo a risolvere la questione di fatto.

(2) *Studien*, p. 98.

abbiamo detto, la spiega come una sfida ad una lotta, nel cui esito si manifesta il giudizio di Dio. Ora non v'ha nulla di comune fra la *faida* ed il duello, in quanto giudizio di Dio, checchè possa parere a prima vista. La *faida* è una piccola guerra, in cui lungi dal regolare per modo lo scontro, che le forze d'entrambe le parti siano possibilmente pari, sicchè meglio si scorga nell'esito l'invocato giudizio divino, si cerca di danneggiare l'avversario quanto più si può con ogni mezzo leale o non. Potranno bensì le parti rivolgersi agli Dei, specialmente alle divinità domestiche, ma non chiedono giustizia, chiedono la protezione e la vittoria. Il duello giudiziario nasce dal sentimento della giustizia, e dalla fiducia nella divinità, scongiurata coi necessari riti solenni, la *faida* nasce, da una parte dal desiderio di vendetta, dall'altra dalla necessità della difesa. Non si può quindi che riprovare la confusione, che pure è base di tutto il sistema del Leist.

L'aver avuto solo presente il concetto della difesa privata del diritto, condusse poi necessariamente il Leist ad affermare che *l'organizzazione fondamentale della procedura si spiegava per lo spirito particolarmente guerriero degli Aarii, rivolto alla difesa privata* (1), laonde poi non seppe trovar luogo nel suo sistema per le varie forme d'ordalia, che, quantunque ricordate una o due volte negli *Studi* accanto al duello, col nome generico di *Giudizio di Dio*, nel fatto sono intieramente trascurate, quasi non esistessero. Eppure il Leist parla talora in generale degli Aarii, e non doveva dimenticare, che mentre le altre ordalie sono comuni a tutti, del duello in molti popoli non vi è traccia.

Che poi il duello fosse per i popoli italici un vero mezzo di prova, non di difesa privata, lo mostra chiaramente un frammento di Nicolò Damasceno riguardante gli Umbri, dimenticato dal Leist, e sul quale ritorneremo fra poco.

Bernhöft (2), in termini alquanto più moderati, ideò ancor egli un intiero sistema procedurale, che crede comune a tutti

(1) *Græco-ital. Rg.*, pag. 497.

(2) O. c., p. 216 seq.

i popoli Arii. Non v'era, secondo lui, un sistema di prove certo, ma l'accusatore doveva ingenerare nell'animo del re o dell'assemblea la persuasione della colpa dell'avversario. A ciò servivano molto le tracce visibili, come le ferite, gli abiti stracciati e via dicendo, mentre per contro, la prova testimoniale era accolta con diffidenza, e solo con certe condizioni. Ingeneratasi poi comunque questa persuasione, non restava all'accusato che il giudizio di Dio mediante l'ordalia, che serviva così solo per la contro prova. *Se l'accusatore non sapeva dare alcuna prova*, il re ed il popolo non potevano naturalmente deliberare, ma solo *rimetterlo alla via della difesa privata*, e tutt'al più curare che questa rivestisse le forme regolari di un duello, come presso gli Umbri. Del resto, essendosi introdotto presso i Greci ed i Romani un sistema regolare di prove, delle ordalie non rimase più traccia nel diritto, ma solo nelle credenze popolari.

Anche il sistema di Bernhöft non ci appaga punto.

Vi troviamo una precisa distinzione fra il duello diritto dell'accusatore ed i giudizi di Dio, i quali, secondo l'A. citato, servono all'accusato come ultimo mezzo per distruggere la persuasione della sua colpa creata dalle prove dell'avversario; ora ciò è falso, tanto per il diritto indiano, quanto per il germanico, ed in generale in tutti i diritti conosciuti, in cui si ricorre alle ordalie precipuamente per mancanza di prove; chè anzi nel diritto indiano, come già abbiamo visto, sono recisamente vietati i giudizi di Dio, quando vi sia solo un testimonio, benchè di condizione infima, e si possa provare una parte dell'accusa. Il Bernhöft fece inoltre prevalere la regola *onus probandi ei incumbit, qui dicit*, ma questa regola non è punto seguita nella procedura primitiva, come abbiamo cercato altrove di dimostrare (1); d'altra parte il giudizio di Dio, data la fede inconcussa in esso, non è punto un onere per l'accusato, che spesso lo invoca, ed esige di esservi sottoposto.

Quanto al duello, Bernhöft, come già il Leist, non vide in esso che un mezzo di difesa privata del diritto, non un mezzo

(1) Cfr. sopra, pag. 28 seg.

di prova; si può anzi dubitare se egli lo consideri come giudizio di Dio. Eppure egli cita il passo di Nicolò Damasceno, nel quale il duello appare appunto come mezzo di prova. Infine per il Bernhöft il duello è un diritto dell'accusatore, cui fanno difetto altre prove. Ciò fu sostenuto anche da altri, nominatamente da Löning per il diritto germanico, ma, parmi, a torto, come cercherò di dimostrare in seguito.

3. — Essendo noi stati condotti a considerare il giudizio di Dio come istituzione, che contraddistingue certi periodi di civiltà, non certe razze o certi popoli, non potremmo senza dubbio fare eccezioni per i Greci ed i Romani, che ci si presentano nella storia fin da principio in uno stato di civiltà tutt'altro che primitivo (1), quand'anche non trovassimo presso di essi traccia di ordalie. Queste tracce però non mancano affatto, ed alcune sono abbastanza concludenti. Queste ultime si riferiscono in gran parte ai Greci e ciò si spiega facilmente. I diritti particolari delle varie popolazioni italiche sono quasi intieramente sconosciuti; essi furono assorbiti dal diritto romano, dal diritto di un popolo, che sembra predestinato a far cessare la confusione fra l'elemento giuridico, e gli altri elementi della vita sociale, dando al primo una base veramente umana. La Grecia fu invece sempre frazionata in tanti piccoli Stati indipendenti, gelosi custodi delle loro tradizioni religiose, giuridiche e politiche e non è quindi meraviglia se da essa ci pervenne la memoria di parecchi giudizi di Dio, aventi carattere esclusivamente locale. Inoltre, il diritto greco dei tempi antichissimi è forse meno progredito del primitivo diritto romano, come si vede, per non portare che un esempio, da ciò che del giuramento di purgazione (2) e dei congiuratori usati in Grecia in tempi relativa-

(1) Per i popoli italici v. MOMMSEN, *Histoire rom.*, I, chap. II, *Caractère moderne de la civilisation italique*.

(2) I congiuratori sono chiaramente indicati nella legge di Gortina, ad es. col. II, 35-42: *giuri esso per quinto, ciascuno imprecaando a sè stesso*. L'uso facoltativo dei congiuratori è anche ammesso nel processo Attico. (MEIER e SCHÖMANN, *Processo Attico*, p. 687, cit. in Comparetti, p. 36). A Creta, per le leggi di Radamante, tutte le controversie si dirimavano col giuramento (SCHÖMANN,

mente recenti, non rimasero, si può dire, tracce nel diritto romano, fatta forse eccezione per il caso di *quæstio cum lance et licio*, come nell'esempio di Tremellio Scrophia, sul quale ha richiamata l'attenzione Esmein, in un suo saggio interessantissimo (1).

Anche le credenze religiose della Grecia erano più favorevoli al conservarsi dei giudizi di Dio. Oltre le sorti, usate dagli antichi romani (2), al pari che dei Greci, questi ultimi hanno una quantità di oracoli, dai quali credono di poter conoscere l'avvenire, nonchè averne la decisione delle proprie controversie. *La credenza che le disgrazie, la carestia, le epidemie e tutti i flagelli siano effetti dell'ira celeste*, li spinge, come osservò benissimo lo Schömann (3), ad interrogare gli Dei stessi per conoscere le cause della loro collera; gli stoici con acuti ragionamenti (4) dimostrano che la rivelazione divina è cosa naturale e perfettamente conforme alla ragione, facendosi certo interpreti dei sentimenti popolari; infine, è tanto diffusa la credenza nella possibilità di costringere gli Dei a rispondere, anche contro voglia, alle domande loro rivolte (5), che Platone è costretto a combattere ripetutamente quei tristi impostori, che pretendono di porsi così al di sopra degli Dei (6).

Ora i giudizi di Dio, come abbiamo detto ripetutamente, in origine nascono appunto in gran parte dall'idea di poter costringere gli Dei.

Antiquités II, 338), ma gli spergiuri erano tanto frequenti, che Platone ammaestrato dall'esperienza non ammette il giuramento nella sua città. (*Leges* XII, 4). Sull'uso del giuramento vedi pure Têlly, n. 703-714.

(1) *La poursuite du vol et le serment purgatoire* in *Mélanges d'histoire du droit*. Paris 1886, p. 233-244. Il fatto è narrato da Macrobio (*Saturn*, I, 6 in fine).

(2) MARQUARDT, *Röm. Staatsverwaltung*, III, 93. (*Handbuch etc.*, VI).

(3) *Antiquités*, II, 342.

(4) V. CICER., *De divinât.*, I, 38, II, 49. — Cfr. SCHÖMANN, II, 343. — CURTIUS *Storia greca*, I, 491.

(5) CALLIMACO, *Inno a Delo*, V, 89. — *Euripide Jone*, V, 375 (cit. da Schömann, II, 415). Εἰ τοὺς θεοὺς ἀκόντας ἐκπονήσομεν φράζειν ἃ μὴ θέλουσιν.

(6) *Republ.*, II, 364. — *Leggi*, X, 909, XI, 933.

Nulla troviamo di tutto ciò a Roma; gli oracoli originariamente vi sono sconosciuti (1), il voler conoscere il futuro è reputato sacrilegio e follia (2), nè certo gli austeri Dei latini erano considerati schiavi in qualche modo delle arti magiche e degli incantesimi dei loro adoratori (3).

Tutto ciò fa di per sè ragionevolmente presumere, che il giudizio di Dio si sia conservato in Grecia molto più a lungo che non in Roma. Comunque ciò sia, veniamo ad una breve enumerazione delle usanze e leggende, in cui si può ravvisare un giudizio di Dio, o un'istituzione affine.

4. — Troviamo in Grecia tracce della prova del fuoco, numerose prove locali, usate talora a conferma del giuramento di purgazione, e l'uso del duello come mezzo per risolvere questioni internazionali, e specialmente per evitare una guerra. Accanto a queste usanze, possiamo ancora ricordare il giuramento accompagnato da imprecazioni, quale lo vediamo nella legge di Gortina (4), l'uso di ricorrere ad indovini, perchè sve-

(1) V. su tutto ciò MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, I, p. 74. — MARQUARDT, *Op. c.*, pag. 92-103.

(2) Orazio, ed in generale i poeti latini, esprimevano quindi un antichissimo concetto religioso, quando asserivano che il futuro è avvolto di tenebre impenetrabili per volere divino. Cfr. HORAT. *Carm.*, I, XI. *Tu ne quæsieris* (scire nefas) *quem mihi quem tibi — Finem Di dederint*....: III, XXIX, 29. *Prudens futuri temporis exitum — Caliginosa nocte premit Deus*....: STATIUS *Theb.* III, 562. *Quid crastina voveret ætas*, — Scire nefas homini....

(3) TIELE, *O. c.*, p. 249, osservò che le religioni dei Greci e dei Romani, dopo aver avuta dapprima la più stretta affinità tra di loro, si svolsero poi per un certo tempo in una direzione assolutamente opposta. Mentre presso i Greci predomina di più in più l'antropomorfismo, il Romano a un trop profond respect pour les puissances supérieures pour les représenter comme des êtres semblables aux hommes. È facile comprendere a quali risultati pratici dovesse condurre questo rispetto dei Romani per le loro divinità. Cfr., del resto sopra pag. 19 20.

(4) Vedi sopra pag. 130 n. 2° Sarebbe qui inutile ricordare le varie specie di giuramento, e le formalità che le accompagnavano. Cfr. su questo SCHÖMANN, *Op. c.*, Interessante è il grande giuramento (μέγαν ὄρκον) descritto da Plutarco (*Dione*, LVI, ed. cit., p. 1171). Ἦν δὲ τοιοῦτος καταβάς εἰς τὸ τῶν θεομορφῶν τέμενος ὁ διδοὺς τὴν πίστιν... περιβάλλεται τὴν πορφύριδα τῆς θεοῦ καὶ λαβὼν δᾶδα καιομένην ἀπόμνυσι.

lino chi è causa della collera divina (1), quello di far pronunziare per pubblica autorità maledizioni contro i delinquenti rimasti sconosciuti (2), o che riuscirono a fuggire; ed infine il giuramento del giudice, il quale, in mancanza di prove, decide egualmente la causa, secondo il parer suo, che molto probabilmente era ritenuto ispirazione divina. La legge di Gortina già citata, ricorda spesso questo giuramento colle parole τὸν δικαστὴν ἑμύοντα κρίνειν, *giudichi giurando il giudice*, e lo prescrive, sia quando manchi ogni testimonio, sia quando le deposizioni appaiano contraddittorie (3). Ricordiamo subito a questo proposito, come nell'India, in mancanza d'ogni prova, e quando non si ammettono le ordalie, il re decida egli la causa; come egualmente presso gli Ebrei, le cause che sembrano troppo difficili a risolversi dal popolo, vengano deferite ai sacerdoti.

Le prove del ferro infuocato, e del fuoco sono ricordate in alcuni versi famosi dell'*Antigone* di Sofocle (4).

(1) Ne abbiain un insigne esempio in Omero, quando la peste imperversa nel campo greco; così pure si ricorre a Calcante quando i venti impediscono la partenza della flotta. E noto che in tutti e due i casi si trova che il colpevole è Agamennone, ed egli è costretto ad immolare la figlia nel secondo caso, a rendere Criseide nel primo.

(2) Così si fece ad esempio contro Alcibiade condannato in contumacia per aver violati i misteri. SCHÜMANN, II, 326.

(3) DARESTE, *Loi de Gorthyne* (I. c., p. 928) spiegò benissimo la natura di questo giuramento, prestato dal giudice, scrivendo di esso: *Ceci confirme ce que nous savions d'ailleurs... sur les conceptions du droit primitif. Le serment est un mode de preuve. Il a remplacé les ordalies... Le juge ne prête serment que quand il n'y a pas de preuves, et alors c'est lui qui fait la preuve par son serment.*

(4) V. 264 seg.

Ἦμεν δ'ἔτοιμοι καὶ μύδρους αἶρειν χερσίν,
καὶ πῦρ διέρπειν, καὶ θεοὺς ὀρκωμοτεῖν
τὸ μήτε δρᾶσαι μήτε τῷ ξυνειδέναι
τὸ πρᾶγμα βουλευσάντι μήτ' εἰργασμένῳ.

I celebri scolii del codice Laurenziano (scritto nel secolo x od xi), spiegano così il passo.

Ἦμεν δ'ἔτοιμοι καὶ μύδρους: σιθῆρον πεπυρακτωμένον. Εἰώθασι γὰρ οἱ ὁμύοντες ταῦτα ποιεῖν. Μύδρους γὰρ αἶροντες ἐπαράνται μένειν τὰ ὀρκια, ἕως

Uno dei custodi, cui furono sottratti i cadaveri di Eteocle e Polinice, narra a Creonte come ciascuno di loro fosse disposto a sottoporsi all'ordalia:

« Eravamo anche pronti a prendere colle mani il ferro rovente, e ad attraversare il fuoco, ed a giurare per gli Dei di non aver fatto tale cosa, e di non conoscere chi l'avesse meditata e compita ».

αὐτοὶ φανῶσι, καὶ ῥίπτουσιν αὐτοὺς εἰς θάλασσαν, ὅπως οὖν αἰῶνία τὰ ὄρνια
ὑπάρχη' ὥς καὶ Καλλιμαχός

Φωκαέων μέχρις κε μένη μέγας εἰν ἄλι μῦθος.

Kal tò pŷr δὲ διαπορευόμενοι ὤμνουν. Ἄλλως. Ἐτοιμοὶ ἦμεν πάσας βασάνους ὑπομένειν πρὸς ἔλεγχον· εἰῶθαι δὲ οἱ ὀμνύοντες καὶ πιστεῖς διδόντες μῦθους βαστάζειν καὶ πῦρ ὑπερβάνειν· τοὺς γὰρ μὴ ἐνόχους τῷ ἁμαρτήματι φοντο καὶ ἐν τούτοις μὴ ἀλγεῖν. (Εἰς τὸ αὐτό.) μῦθος, πεπυρακτωμένος σιδήρος. Τοῦτο μέχρι τῆς σήμερον οἱ Ῥωμαῖοι ποιοῦσιν Ἑλληνικῶς, πλανώμενοι καὶ ἐν ἄλλοις πλείστοις.

(*Scholía in Sophoclis Trag. e cod. Laurent. descriptis*. P. ELMSLEY. Oxonii 1825, p. 110). Si tratta qui, come si capisce facilmente, di tre scoli di epoca ed autore diverso. (Cfr. in principio del II vol. degli scoli a Sofocle (ed. G. DINDORFIUS, 1852, pag. xxiii-lii). *Excerpta ex G. Wolfii Comment. de scoliis Laurentianorum auctoritate*: specialm. I cap. I e II). L'autore del primo scolio, forse un Alessandrino (Didymo?), trovandosi in presenza di un uso a lui affatto sconosciuto, e che non sa spiegare, lo confonde con una cerimonia simbolica, che spesso accompagnava il giuramento promissorio, e che consisteva nel lanciare nel profondo del mare un ferro, promettendo che il giuramento durerebbe fino a che quello non ricomparisse alla superficie. All'autore del secondo scolio, il giudizio di Dio non è punto istituzione intieramente sconosciuta: benchè egli non parli d'intervento divino, afferma però il fatto che l'innocente non soffre. L'ultima parte infine, che l'Editore Romano, a quanto afferma Elmsley, sopprime *ne Romanam Ecclesiam tangere videretur*, appartiene senza alcun dubbio al periodo bizantino, quando anche in Roma prevaleva il diritto germanico; è una prova, per quanto debole, che nella stessa città di Roma si usavano i giudizi di Dio, probabilmente con l'approvazione e la tolleranza dei pontefici. Il dire che in ciò si seguiva l'esempio della Grecia dimostra solo che l'A. fu colpito dalla strana rassomiglianza tra il passo di Sofocle e le prove del diritto germanico, e cercò di spiegare queste come imitazioni di ciò, che altre volte si praticava in Grecia.

Anche una glossa interlineare al Codice Marciano 472 (scritto verso il XIV sec.), f. 193 r., se non erro inedita, dà alla parola μῦθους la seguente spiegazione: πεπυρακτωμένους σιδήρους εἰς πιστὴν βαστάζειν.

L'uso dei giudizi di Dio compare però in questo caso, non nei tribunali, ma piuttosto nelle costumanze popolari. Il nunzio infatti non dice già a Creonte che egli ed i suoi compagni siano pronti a purgarsi dai sospetti col giudizio di Dio, ma che nelle contese che seguirono la scoperta del fatto, ciascuno si mostrava pronto a sottoporsi alla prova, ciò s'intende di fronte ai compagni, e per allontanare i loro sospetti.

Solo più tardi si pensò ad avvertire Creonte, e venne estratto a sorte, chi desse l'annunzio. Ciò sfugge a molti, ma non è senza importanza.

Fra le prove locali notiamo quella in uso a Tiane in Cappadocia, dove l'accusato doveva bere l'acqua di una sorgente fredda, ma che pareva ribollire; se era colpevole veniva colto da grave malattia, e costretto così a confessare (1).

Sono più rinomate le sorgenti della città di Palika in Sicilia, che servivano per diverse prove: o il reo vi si recava e toccava l'acqua pronunciando il giuramento, ed allora si credeva, che la cecità o la morte fosse la punizione dello spergiuro, oppure si scriveva il giuramento in una tavoletta, che si gettava nell'acqua: se la tavoletta affondava, l'accusato convinto di spergiuro era condannato al rogo (2).

Anticamente pare fosse usato come mezzo di controllare la verità del giuramento anche l'acqua dello Stige, sorgente della città di Nonacri in Arcadia (3).

In seguito si favoleggiò di uno Stige sotterraneo, che serviva per il giuramento degli Dei, e bene osservò il Capellina, come anche *questa credenza nel giuramento divino per l'acqua fa-*

(1) FILOSTRATO, *Vita d'Apollonio*, I, cap. 4).

(2) ARISTOT., *De mirab. Auscult.*, § 57. MACROB., *Saturn.*, v, 19. DIOD. SIC., XI, 89, 90. STEPH. BYZANT., v. *παλική*. PRELLER, *Röm. Mythologie*, p. 523 (traduz. francese di Dietz, 1886, p. 357). G. MICHELIS, *Die Paliken*, Dresde 1856. (Programma cit. in SCHÖMANN, II, 335).

(3) PAUSAN., VIII, 18, 4: HEROD., VI, 74, cit. da SCHÖMANN: PORFIRIO, *περί τῆν Στύγα* in STOBEO, *Quaest. Phys.*, I, cap. 41, 51, ed. cit. I, p. 309. Οἱ πλείους ὕδαρ ἰστέορσαν τῆν Στύγα ἐπιγύσιον φύσιν ἔχον ἀμύνεσθαι τοὺς κατ'αὐτοῦ ψευδῶς ἐμείσαι τολμήσαντας etc.

tale di Stige nascesse dall'uso delle prove, e dei giudizi, che furono poi detti di Dio.

A questo giuramento colle acque dello Stige, accenna Esiodo nella sua *Teogonia* (verso 784 e seg.), in un passo così tradotto dal citato Capellina:

....allor che fra gli Dei s'accese
Discordia, o lite, o fece oltraggio al vero
Alcun di lor, che nell'Olimpo han sede,
Iri allor manda Giove, e di recargli
Le impon da lunge in aurea coppa il grande
Giuramento divin, l'acqua famosa
Che fredda sgorga da scosceso ed alto
Sasso.....

....ed è fatale ai numi.
Che se alcun dei celesti....
Ne versa in testimon dello spergiuo
Un anno intier privo di spirti ei giace (1).

Finito l'anno, viene bandito per altri nove, e solo dopo riammesso nel cielo.

Per scopo affatto speciale era usato il giudizio di Dio nel tempio della Dea *Ῥη* in Acaia: le sacerdotesse, che si dedicavano al culto della Dea, dovevano aver conosciuto in vita loro un sol uomo, e dopo essere state accolte nel tempio, vivere in perpetuo celibato. Se nascevano dubbi sulla loro virtù, dovevano provarla bevendo sangue di toro (2).

Qui vanno ricordate anche le prove della pudicizia, narrate dai romanzieri greci, le quali però naturalmente non possono avere che un valore storico molto relativo.

Achille Tazio (3), scrittore del III secolo d. C., narra che a Delfo le donne, della cui castità si dubitava, dovevano entrare

(1) *Teogonia di Esiodo*, trad. di CAPELLINA, Torino 1849, p. 62. Cfr. la nota del traduttore a pag. 85-86.

(2) PAUSANIAS, *Descriptio Graeciae*, VII, 25, 13. BOUCHÉ-LECLERQ, II, 254. SCHÖMANN, II, 334. Cfr. PLINIO, XXVIII, 47.

(3) *De Clitophontis et Leucippae amoribus*, I, VIII, 11 e seg. Il racconto di Achille Tazio parve verosimile ad EM. GUHL, *Ephesiaca*, 1843, p. 149, citato in Vigo. Per contro Schömann dichiara che ha tutta l'aria d'essere apocrifo.

in una fonte, dove l'acqua arrivava loro a metà della tibia, avendo legata al collo una tavoletta, su cui era scritto il giuramento da loro pronunciato. Se questo era menzognero, l'acqua si gonfiava fino a bagnare la tavoletta. Per eguale scopo si entrava pure nell'antro di Pane, che dava il suo oracolo coi suoni aspri o dolci d'una zampogna (1).

Secondo Eustazio (od Eumazio), romanziere del VI sec. d. C., v'era in Articomide la fonte di Diana, da cui sorgeva una statua della Dea, che tendeva l'arco contro qualunque donna impudica entrasse nell'acqua. Quelle esposte a tale prova, erano ornate di corone d'alloro, che venivano loro tolte di capo dall'acqua, quando spaventate si piegavano per evitare la freccia divina. Notiamo qui, oltre all'età molto posteriore della scrittore, che la narrazione si riferisce agli Etiopi.

Lo stesso si dica di quanto narra Eliodoro (2), di una prova del fuoco, che scottava *quemlibet immundum, et alioquin eum qui peierasset*.

Probabilmente questi due ultimi racconti, sono intieramente parte della fantasia dei loro autori, cui per avventura non erano sconosciute le relazioni dei viaggiatori greci sui giudizi di Dio indiani. È perciò che li ricordo qui (3).

Quanto ai numerosi oracoli greci, si può domandare se essi non abbiano mai servito come giudizio di Dio. Certo le loro risposte potevano talora avere grande importanza tanto nel diritto internazionale (4), quanto anche, almeno indirettamente,

(1) *De Hysmines et Hisminice amoribus*, VIII, 7.

(2) *Æthiop.*, I, 7 e seg.

(3) Intieramente favolosa è pure, a quanto pare, la narrazione di Filostrato (*Vita di Apollonio Tyaneo*, lib. I, cap. IV, citato da GENTIL, *Essai historique sur les preuves*, 1863, p. 201), secondo il quale v'era a Tyane un'acqua consecrata a Giove, la quale « *periuriis.... et infidis palam adversatur: epota namque, oculos pedesque ac manus peierantis invadit, pustulis ac vomitibus totum corpus inquinans: neque illinc discedendi facultas datur, sed ibidem permanentes, coram aqua ipsa suam deplorant calamitatem, palam quod peierant profitentes* ».

(4) Gli oracoli, e specialmente quello famosissimo di Delfo, erano molto usati per decidere sugli affari interni delle città. Secondo Schömann non si avrebbe prova certa, che l'oracolo di Delfo sia mai stato costituito arbitro fra le di-

per il diritto privato, ma non trovo esempio, in cui si sia ricorso ad essi per autorità pubblica, e per scopo giudiziario.

Ci resta a parlare dei duelli usati come mezzo di decidere controversie di diritto pubblico ed internazionale.

A ragione osservò il Carle, nella sua splendida opera di ricostruzione delle origini del diritto Romano, come anticamente, ed in ispecie sotto il regime gentilizio, le guerre fra popolazioni diverse prendano il più spesso le mosse da qualche controversia di carattere familiare, e come per conseguenza il concetto della guerra fra i popoli ancora si confonda col duello fra i capi che li rappresentano (1).

Non è quindi meraviglia se spesso l'esito della guerra è fatto dipendere da un duello.

Tale è appunto l'antichissimo costume greco, specialmente quando le forze nemiche fossero quasi eguali.

Di tali duelli, lo Schömann diede parecchi esempi (2), ai quali molti altri se ne possono aggiungere. Così già in Omero troviamo il duello fra Ettore ed Aiace (Il. l. VII) e specialmente quelli fra Paride e Menelao (l. III) per decidere chi debba avere Elena. Si noti per meglio conoscere la natura di questo duello, che se Paride resti vinto, egli deve non solo rendere Elena ed i suoi tesori, ma pagare ancora una multa proporzionata.

Un duello ebbe pur luogo fra Illo, capitano degli Eraclidi, che tentavano rientrare nel Peloponeso, ed Echemo re dei Tegeti (3); Timocle re d'Atene, che ricusò di battersi in duello con Xanto re dei Beozii, il quale voleva così definire una con-

verse città greche, pure sappiamo che spesso ne fu fatta la proposta (O. c., II, 46. CURTIUS, *Storia greca*, I, 504). Quanto ad interessi privati sappiamo ad esempio che l'oracolo veniva talvolta interrogato, perchè decidesse sulla paternità. Così fra le laminette di piombo su cui si scriveva la domanda all'oracolo di Dodona, una se ne trovò colla scritta: Lisania domanda a Giove e a Dione, se è suo il fanciullo, di cui Nila è incinta. BOUCHÉ-LECLERCQ, II, p. 319. Cfr. PAUSANIA, II, 26. 7.

(1) CARLE, *Origini del diritto ecc.*, p. 121, 160.

(2) Combattimento di tre contro tre in STROBE, *Floril.*, XXXIX, 32; di trecento Spartani contro trecento Argivi in EROD., I, 82. PAUS. II, 38. Duello fra Pittaco di Mitilene ed Erinone Ateniese in una contesa pel territorio Sigeo in DIOG. LAERT., I, 74.

3) EROD., IX, 26, 3.

troversia per i confini dei due stati, venne deposto (1) ed al suo posto venne eletto dal popolo Melanto, che combattè e vinse il re nemico (2). Un vero duello si combattè anche fra Eteocle e Polinice, che si contendevano il trono (3). Infine Pittaco, uno dei sette sapienti, per testimonianza di Festo, combattè quale campione degli Ateniesi contro a Frynone di Mitilene per una controversia sui confini (4).

Aggiungiamo da ultimo, come esempi più che altro di superstizioni popolari, che l'uso dello staccio o crivello per scoprire i ladri, rimonta già agli antichi greci (5), come pure la credenza superstiziosa nell'efficacia di certi minerali o piante usate per identico scopo (6)-(7).

5. — Se dai Greci passiamo ai popoli italiani, le tracce di giudizio di Dio diventano molto più scarse. Troviamo però due testimonianze di grande valore.

« Gli Umbri (8), scrive il già citato Nicolò Damasceno, che viveva un secolo avanti Cristo, quando abbiano controversie fra di loro, combattono armati come in guerra, e credono che quelli, i quali uccidono gli avversari, avessero asserito il vero (9) ».

Sull'esistenza del duello presso gli Umbri non si può dunque ragionevolmente elevare dubbi, quand'anche si sospetti che Nicolò Damasceno non faccia se non riferire quanto scrivevano altri autori. L'idea di ricorrere alle armi per conoscere la ve-

(1) SUIDA ed ESICRIO cit. da VIGO.

(2) STRABONE, IX. 1-7.

(3) STATI *Theb.*, l. XI e specialm. EURIPIDE, *Phœniss.* v, 1229.

(4) FESTO v.° *retiariorum* cit. da ESMERIN (O. C., 240, n. 2), come *souvenir du duel judiciaire*.

(5) THEOPH. III, 31, in SCHÖMANN II, pag. 361. È la cosiddetta *Kochivopavteia*.

(6) DIOSCOR. v, 161.

(7) Quantunque appaia come fatto isolato, non possiamo neppure dimenticare quanto sappiamo da Iperide (*Orat. Attici* ed. DIDOT, II, 377, cit. da JUBAINVILLE, *Étud. sur le D. celtique*, 1881, p. 105), che cioè in un processo difficile il popolo fece dormire nel tempio un uomo, il quale miracolosamente ebbe in sogno la soluzione della difficoltà.

(8) Sulle stirpi Umbro-Sabelliche cfr. CARLE, Op. cit., p. 4.

(9) *Fragm. histor. Græc.* ed. DIDOT, 1849, III, p. 457. Cfr. VANNUCCI, *Storia dell'Italia antica*, 1873-76, vol. I, pag. 491.

rità o la falsità di un'asserzione doveva parere tanto strana ad un greco o ad un romano dell'epoca classica, che davvero non potrebbe essere parto della sua fantasia.

Disgraziatamente, dal breve frammento conservatoci da Stobeo, non sappiamo con precisione in quali casi si ricorresse al duello, se davanti ai tribunali, o nelle controversie private: però, sia che si tratti di duello giudiziario, o di duelli cavallereschi di venti secoli fa, certo è ragionevole concludere che vi fu un tempo in cui le genti italiche, od almeno alcune di esse, conoscevano il duello come giudizio di Dio (1).

Un'altra notizia molto interessante per noi, ci è data dallo Pseudo-Acrone (2), scoliasta di Orazio.

Cum in servis suspicio furti habetur (scrive egli), *ducuntur ad sacerdotem, qui crustum panis, carmine infectum dat singulis. Quod cum hæserit, manifestum furti reum adserit* (3).

Parrebbe di leggere la descrizione di un *judicium panis* del Medio Evo, e certo sarebbe interessantissimo trovarne così l'equivalente in Roma.

Per altro l'età in cui visse lo Pseudo-Acrone e il vedere inoltre completamente frainteso il passo d'Orazio, al quale si

(1) Quanto all'uso del duello per evitare la battaglia, l'esempio degli Orazi e Curiazi è troppo conosciuto per doversi trattenerne. È di natura diversa il duello fra Romolo e Acrone (PLUTARCO, *Romolo*, xvi, ed. cit., p. 31), perchè non precede alcuna stipulazione fra le parti.

(2) Il commento di Helenius Acron, che viveva alla fine del II sec. andò perduto, ma fin dal XV secolo si ascrisse ad Acrone un commento anonimo probabilmente del V secolo. Questo commento, secondo l'ipotesi di Keller, sarebbe opera di due autori, di cui il più antico, forse dell'Apulia ed ancora pagano, scrisse le note fino all'Epodo 15, verso il principio del V secolo, il secondo continuò il commento verso la fine dello stesso secolo *senza raggiungere neppure il valore limitato della parte più antica*. Questo secondo autore, forse Fabio Planciade Fulgenzio, sarebbe dunque l'autore dello scolio nostro. (TEUFFEL, *Gesch. der röm. Literatur*, 1870, pag. 430.

(3) *Acronis et Porphyrii Comment.* in Q. HORATII FLACCUM ed. F. HAUThAL BEROL. 1866, v. II, p. 422, nota a Epist. I, 10, 10.

Utque sacerdotis fugitivus liba recuso:

Pane egeo, iam mellitis potiore placentis.

Come si vede, Orazio si paragonava allo schiavo di un sacerdote, che, avvezzo omai alle focaccine, preferisce il pane.

riferisce questo strano commento, mi fa sospettare di essere in presenza non di una superstizione romana, ma semplicemente della vera ordalia germanica. Si potrebbe anche credere che l'uso germanico fosse stato introdotto in Italia dai barbari, che militavano per l'impero, ed infine che il passo sia un'interpolazione posteriore anche allo Pseudo-Acrone.

Ad ogni modo esso non cessa dall'essere importante, perchè è certo il primo accenno al *judicium offæ* dell'Europa medioevale.

Se ora ricordiamo ancora il duello degli Orazi e dei Curiazi, al quale si può aggiungere quello leggendario fra Turno ed Enea, dato che non sia intieramente parto della fantasia di Virgilio, e la leggenda sulle tre vestali (1), che si purgano dal sospetto d'impurità, invocando la giustificazione della divinità, avremo enumerato, se non erro, quanto può avere anche lontano rapporto coi giudizi di Dio presso i popoli italici. Come si vede non è molto.

Si noti ancora quanto alle prove delle Vestali, che esse ci sono narrate come miracoli, non come giudizi di Dio.

Qualche importanza può solo avere la leggenda di Tuccia, che attinge acqua dal Tevere in un crivello, specialmente se è vero quanto asserì dopo Grimm una folla di scrittori (2), cioè che tale prova corrisponda ad una credenza popolare indiana. Del resto mentre alcuni scrittori pretendevano che Tuccia fosse innocente, altri, come Plinio, credevano che solo per virtù di scongiuri, essa avesse potuto compiere la prova e sfuggire al supplizio meritato (3).

(1) Cioè Claudia, *quæ navem cum sacris matris deum Idææ obhærentem Tiberino vado extraxit, precata propalam ut ita demum se sequeretur, si sibi pudicitia constaret* (Suet., *Vita Tiber.* n. II. Tit. Liv., XXIX, 14. Cio. de *Harusp.*, 13. Ovid. *Fast.*, IV, 35); Emilia che riaccese il fuoco sacro col proprio velo (Dion. Halycar., II. August., *De civ. Dei*, x, 16. Proper., IV, 11, 53) ed infine Tuccia (su cui v. n. 3).

(2) GRIMM, 432, n. MICHELET (Orig. 550). KÖNIGSWARTER, I. c., 1850, pag. 45. GENTIL, p. 395, n. 2. BERNHÖFT, etc.

(3) v. DION. HALYCAR., II, 68. VAL. MAX., VIII, 1, 5. AUGUST., *De civ. Dei*, x, 16. TERTULL., *Apologet.*, 22. PLIN., N. H., XXVIII, 3: *Extat Tucciæ vestalis incestæ precatio, qua usa aquam in cribro tulit anno urbis DCIX.*

Quanto alla data, vedi la nota 21 nell'edizione dei classici latini Romba Torino, di cui mi sono servito.

6. — Farà certamente meraviglia a parecchi, che io non abbia accennato alle formalità della *legis actio sacramento*.

Infatti già Asverus (1) aveva cercato di spiegare questa azione come un duello simbolico, resto di un duello reale, che altre volte si combatteva fra le parti, e Leist, come abbiamo visto, pare ne continui la dottrina, accentuando però il carattere di giudizio di Dio.

Esaminiamo dunque senza preconcetti se vi è in tali ipotesi alcunchè di vero.

Come osservò Carle (2), *presso genti come le latine che imitano coi gesti, e coi riti giudiziari ciò che un tempo dovette seguire nei fatti*, le formalità dell'*actio* finiscono per contenere una storia simbolica dei vari stadî, per cui dovette passare l'amministrazione della giustizia.

Ma ogni *legis actio* non è che la parte preliminare del processo, e serve esclusivamente a preparare il giudizio. Essa non ha alcun rapporto colle prove.

In tutti i diritti antichi la prova è estra-giudiziale, si dà alla parte e non al giudice, chiamato essenzialmente a risolvere la questione di diritto. Ma anche ammesso che la prova sia già divenuta giudiziaria, si compia cioè sotto la direzione, e per ordine del giudice, essa resta sempre affatto indipendente dalla *legis actio*, che conduce semplicemente alla nomina del giudice o dell'arbitro.

D'altra parte chiunque consideri spregiudicatamente la *legis actio sacramento* non nelle singole sue parti, ma piuttosto nel suo significato complessivo, facilmente si convince che essa tende ad impedire la lotta fra i due avversari, non a prepararla, ed è appunto perciò che, anche astraendo da ogni altra ragione, non si può asserire l'identità di questa procedura con quella seguita dai feziali nella dichiarazione di guerra, quantunque lo facciano Danz (3) e Leist, sempre conseguente del resto nel suo punto di vista.

(1) *Über die legis actio s.*, 1837.

(2) Op. cit. 113-114. Cfr. § 104, p. 134.

(3) DANZ, *Der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr*, 1875, (combattuto da Fusinato *Dei Feziali e del diritto Feziale*. 1884, cap. III, § 4, p. 70 seg.) LEIST *Civil. Studien*, IV, p. 97, n. 5. Cfr. CARLE, op. cit. p. 163.

L'intervento dell'autorità pubblica, rappresentata dal pretore, che impedisce la *vis realis* delle parti, può bensì indirettamente far testimonianza di un periodo, in cui le controversie private fossero risolte colla forza dagli stessi interessati, ma si tratterebbe ad ogni modo di difesa privata del diritto, non di duello giudiziario.

Per il tema nostro l'*actio sacramenti* non può quindi avere che un interesse molto limitato, per cui sarebbe fuor di luogo dedicarle la lunga trattazione che sarebbe necessaria semplicemente per rendere conto delle numerose ipotesi esposte in proposito.

Solo ricorderò che mentre alcuni scrittori, insistendo particolarmente sulla specie di scommessa, che ha luogo nell'*actio sacramenti*, spiegano questa azione risalendo all'antica organizzazione gentilizia delle stirpi italiche (1), altri non saprei con quanta ragione negano il carattere di scommessa (2), e considerano la *summa sacramenti* come una specie di multa irrogata in pena dello spergiuro (3), o della lite *temere suscepta*,

(1) Vedi a questo proposito la geniale ricostruzione di CARLE, *Origini del diritto Romano*, § 96, p. 103-104, 364. Cfr. PABELLETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto Romano*, 1886, p. 308. JHERING, *Geist.*, I, § 12, p. 173. (*Der Process wird hier in die Form einer Wette gekleidet*), KELLER, *Röm. Civilprocess*, 6^a Ausgabe, 1883, § 13).

(2) HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum*, pag. 388, 353. M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, 1883, § 61, n. 3, pag. 590-591. MÜNDERLOH, *Schein und Wirklichkeit in der legis actio sacramenti*. *Zeitsch. für Rechtsgesch.* vol. XII, 450.

(3) Infatti, secondo la maggior parte degli autori recenti, il nome di *sacramentum* è dato all'azione in questione per il giuramento che si prestava, secondo Jhering, dal solo autore, secondo l'opinione comune da entrambe le parti. Questa nuova interpretazione del nome *actio sacramenti* fu proposta prima da Ihering, che ne rivendica egli stesso la paternità, attribuita da Huschke a DANZ. (Cfr. *Geist.*, I, 301, n. 209^a). Lo seguirono, in parte per altro come diasi, DANZ, *Sacrale Schutz*, p. 181 seg. *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, I, 339. HUSCHKE, *Multa und Sacr.*, 361. ESMARCH, *Röm. Rechtsgesch.*, 1888, p. 22. A. SCHULTZE, *Privatrecht u. Process*, 1883, I, 509. MUIRHEAD, *Hist. Introd. to the Private Law of Rome*, 1886, p. 192. H. KRÜGER, *Gesch. der capitis deminutio*, 1887, p. 212. KARLOWA, *Der röm. Civilprocess*, 1872, p. 17 ed altri.

Restarono fedeli all'antica interpretazione di Festo (226, 244) e Varrone (v. 180), RUDORFF, *Röm. Rechtsgesch.* 1857-59, II, p. 81. GIRTANNER, (cit. da Ihering).

o della pace pubblica turbata, o dell'illegale invasione della cosa altrui, per cui ad esempio Huschke afferma il *sacramentum* essere stato introdotto in tempi relativamente recenti, e foggiano sulla *multa*.

Una nuova ipotesi, che si può dire concilia le due precedenti, viene proposta dal prof. Chironi (1).

Egli ammette un primo periodo di violenza brutale, senza idea d'intervento divino, poi un secondo, in cui nell'esito della lotta privata, si scorge la decisione della divinità (2); a questo periodo ne seguirebbe un altro in cui l'autorità interviene già a decidere le controversie private, ma cotesto intervento si attua in modo indiretto in quanto cioè si debba punire la violenza commessa a danno del privato, ogniqualevolta essa sia esercitata a torto e costituisca così una *injuria* nell'antico senso della parola (3). A questo periodo risalirebbe l'*actio sacramenti*: la procedura è iniziata con un simulacro di lotta, e questo fatto determina l'intervento del magistrato per decidere quale dei due avversari fosse ricorso a torto alla *manum consertio* e fosse quindi tenuto a pagare la *composizione*, rappresentata dalla *summa sacramenti*. Si capisce, che perciò egli doveva pure decidere indirettamente sulla causa civile, che aveva dato luogo alla violenza privata.

PADELLETTI, 319 (Cfr. n. e.). KELLER, *Civilprocess*, § 13, p. 57. BETHMANN-HOLLWEG, 1, 121. HEUMANN, *Handlexicon zu den Quellen des röm. R.* 5^{te} Aufl., 1879 v.° *sacramentum*. BRÉAL et BAILLY, *Dictionn. étym. latin*, 1886. v.° *Sacer*, ec.

Senza entrare in una questione, che non ha importanza per noi, osservo però che accogliendo l'opinione prevalente, resta a spiegare come mai nessuno fra gli antichi scrittori abbia accennato al giuramento, e perchè Festo e Varrone siano ricorsi ad un'interpretazione così contorta, mentre si sarebbe presentata così ovvia la spiegazione proposta recentemente. Quanto all'ipotesi di Huschke che lesse in questo modo un passo corrotto di Gaio (iv, 13): *Eaque actio perinde periculosa erat falsi (loquo propter iusiurandum)*, essa si può dire senza esitazione insostenibile. Cfr. IHERING, op. cit. I, 301, n. 209b.

Ad ogni modo accogliendo la nuova teoria, preferirei ammettere che il giuramento fosse prestato dalle parti non sul merito della causa, ma per obbligarsi ad accettare la decisione dei giudici od arbitri.

(1) Nel suo *Corso di Egesi* sulle fonti del Diritto Romano.

(2) Cfr. sopra pag. 17.

(3) Cfr. sopra, pag. 125. n. 2.a

Per precauzione, o per non turbare l'eguaglianza delle parti, queste deponevano preventivamente la somma fissata dalla legge, ed il deposito veniva poi ritirato dalla parte vincitrice.

In tal modo la causa penale serviva di pretesto per decidere sulla controversia civile, laonde si capisce, come in seguito si sostituisse una violenza fittizia alla *vis realis* semplicemente per introdurre un processo civile. Ma allora non essendovi più *injuria*, trattandosi cioè di semplice finzione, era assurdo che dovesse ancora pagarsi una composizione alla parte vincitrice, ed ecco perchè si finì col devolvere il deposito ad altri scopi.

Questa ipotesi ha, a parer mio, il merito di spiegare ottimamente una particolarità delle azioni in *rem*, nelle quali, anche quando in parte sono sottratte all'*actio sacramenti*, predomina ancora per lungo tempo il concetto, che debbano essere preedute dalla violenza simbolica fra le parti (1). A questo concetto si riattacca a mio avviso, anche la *deductio quæ moribus fit* (2).

(1) «.... die uralte Formalidee dass einmal jeder Eigenthumsklage eine » symbolische Gewalt vorangehen müsse ». KELLER in *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.* XI, 301.

(2) A proposito della *deductio quæ moribus fit*, materia estremamente controversa, mi siano permesse alcune osservazioni, benchè non si riferiscano direttamente al tema mio. Molti autori considerano la *deductio* come parte dell'*actio sacramenti*, e VERING (*Gesch. und Pandekt. des röm. u. heut. Privatrechts*, 1875, § 150), e BUONAMICI (*Storia della proc. civile romana*, 1886, 27) pare la confondano affatto colla *manum consertio*. SAVIGNY (*ü. die lis vindictiarum in Zeitsch. für gesch. Rechtswiss.* III, o *Vermischte Schrift.* I, 292-314) crede invece che la *deductio* si compiesse in luogo della *consertio*, quando il fondo da rivendicarsi fosse troppo lontano dalla città, cosicchè fosse incomodo recarvisi *ex iure*; in questo caso gli avversari *ex conventu*, prima di recarsi davanti al magistrato, si sarebbero cacciati l'un l'altro dal fondo con violenza fittizia alla presenza dei loro *superstites*, quindi presa una zolla di terreno l'avrebbero portata davanti al pretore per rivendicarla nel modo solito. L'opinione di Savigny fu seguita da parecchi scrittori enumerati in Keller l. c., p. 289, n. 4, cui se ne possono aggiungere altri, ad es. MÜNDERLOH (*Op. cit.*). RUDOLFF (*Röm. Rechtsgesch.* II, § 36) espresse invece l'opinione che la *deductio* avesse luogo quando le parti fossero d'accordo sul possesso e in caso contrario si ricorresse invece alla *manum consertio*. Oltre a questi autori, convengono nel considerare la *deductio* come parte dell'*actio sacramenti*, ACCARIAS, *Cours. de D. R.*, p. 834, n. 3; HUSCHKE, *Gaius*, 196; BEKKER in *Zeitschr.*

Del resto, come già dissi, non posso trattenermi a lungo sopra un argomento che esorbita intieramente dal mio tema, o'al-

für Rechtsgesch. v, 347. Per contro KELLER (l. c.) sostenne che la *deductio* fosse usata quando si agiva per *sponsionem*, od anche per *formulam petitoriam*, e non v'era controversia sul possesso; in caso contrario si doveva usare gli interdetti. A tale opinione accedono BETHMANN-HOLLWEG (*Röm. Cpr.*, I, 133, n. 17, II, 235 seg.), WETZELL (*Röm. Vindicationsproc.*, 1845, 83 seg.); HOFFMANN (*Beitr., zur Gesch. des griech. u. röm. R. Wien*, 1870, p. 131 seg.); però i due primi, a differenza di Keller e Hoffmann non ammettono che colla *deductio* si decidesse sulla posizione delle parti nel giudizio, ma vogliono che il deducente avesse solo a prestare il *vadimonium*. (Cfr. anche le opinioni di Krüger e Leist in KARLOWA, *Röm. Cpr.*, p. 103, nota). Esposte così le opinioni prevalenti, se noi ricorriamo alle orazioni *pro Cæcina* e *pro Tullio*, che sono le uniche fonti sulla *deductio*, non tarderemo, mi pare, a vederne la falsità. Per l'opinione di Savigny, osserviamo subito, che ai tempi di Cicerone l'*ex iure manum consertum vocare* era una semplice formalità, poichè le parti subito che avessero intrappreso il cammino (*inire viam*) erano richiamate dal Pretore. Non era quindi il caso di far differenze fra fondi lontani o vicini. (Cfr. ORAT., *Pro Murena*, c. x-xii). Dalle due orazioni citate appare poi evidente, almeno a mio avviso, che la *deductio* conduceva ad un giudizio possessorio, e che era indifferente l'essere *deductus* o *deductor*. Nell'orazione *Pro Cæcina*, Cicerone in linea secondaria voleva provare che Cecina possedeva un fondo: lo fa con una serie di ragioni, che in generale gl'interpreti si accordano nel considerare come insufficienti. Tali li crede anche il Ruffini, l'ultimo che si occupò della questione (*L'Actio spoli*, 1889, p. 9 e 13). Tutto ciò ha poca importanza per il caso nostro: richiamiamo invece l'attenzione sopra solo un punto. Ebuzio, vedendo che colle sole minacce (*litium terrore*) non poteva nulla estorcere da Cecina, *homini Romæ in foro denuntiavit fundum... suum esse seseque sibi emissse*: Cecina per consiglio degli amici propone la *deductio*, e si stabilisce infatti di comune accordo un giorno, *quo... in rem præsentem veniretur, et de fundo Cæcina moribus deduceretur*, ma nel giorno stabilito, Cecina, anzichè *deductus moribus*, è respinto *vi coactis hominibus ed armatis*. Intenta perciò l'interdetto *de vi armata* e Cicerone per provare che egli possedeva, argomenta così: (cap. 32): « Possedit Cæcina... cur » tu, Æbuti... Cæcinæ denuntiabas si Cæcina non possidebat? Ipse porro Cæcina » cur se moribus deduci volebat idque tibi de amicorum sententia responderat? » L'importanza del primo argomento non si può negare. Mentre nelle *actiones in rem*, *is agit qui non possidet*, l'avversario di Cecina aveva iniziato egli il processo. (Sulla *denunciatio* v. VOIGT, XII TAF., I, § 21, TH. KIPP, *Die Process-einleitung durch Litis-denunciation. Festgabe zu Windscheids Doktor Jubilæum*, Halle a. s., 1889, p. 95 e seg.). Ma, come già dissi, ciò non c'importa: osserviamo invece che Cicerone argomenta che Cecina possedeva da ciò, che egli aveva richiesta la *deductio*: adunque la *deductio* conduceva senza dubbio

meno non può riferirvisi che molto indirettamente (1). Aggiungerò ancora alcune osservazioni sulle parole *vindicta*, *vindicare*, *vindicere*, che Leist spiega come *sfida a duello*, *sfidare a duello* (2). Anche ammettendo che *vindicere* corrisponde a *vim indicere*, *dichiarare di voler ricorrere alla violenza*, resterebbe impregiudicata la questione se si tratti qui di duello

a giudicare sul possesso. Lo prova del resto anche un altro passo in cui è detto che Ebulzio aveva usata la violenza, *quoniam si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset* (c. 1). Su ciò non si può quindi elevare dubbio: ci resta a provare come fosse indifferente l'essere *deductus* o *deductor*, benchè il contrario appaia a prima vista dallo stesso argomento di Cicerone. Innanzi tutto è certo che l'essere *deductor* non implica punto la qualità di possessore, perchè non si può ammettere che Cicerone adducesse in favore del proprio cliente, ciò che ne avrebbe dimostrato luminosamente il torto. Nè d'altra parte si può dire che l'attore *deducesse* il possessore, poichè allora l'argomento sarebbe molto male usato dal sommo oratore. Si capirebbe infatti che Cecina volesse essere respinto dal fondo per godere del *commodum possessoris*, ma Cicerone avrebbe dovuto invece insistere sul fatto che Ebulzio aveva accondisceso alle pretese di Cecina, ciò che non avrebbe certamente fatto, se fosse stato egli il possessore, perchè la sua concessione sarebbe equivalsa al cedere all'avversario i vantaggi sommi della sua posizione. Non resta che concludere, che era indifferente la posizione che assumevano le parti nella *deductio*, e ciò è infatti confermato dall'orazione *Pro Tullio*, in cui Fabio, che propone la *deductio*, lascia all'avversario la scelta *ut aut ipse deduceret, aut ab eo deduceretur*. (§ 19). L'argomento usato da Cicerone in favore di Cecina non poteva quindi aver gran peso, poichè si limita a dire che Cecina aveva proposto egli stesso di far decidere la questione del possesso, ciò che non avrebbe certo fatto, sapendo che legittimo possessore era l'avversario: a noi però l'argomentazione di Cicerone dà la chiave per ben intendere la *deductio*, che non può certo condurre all'interdetto *de vi quotidiana*, come volle il Ruffini (p. 8), nè essere parte dell'*actio sacramento*, in cui sul possesso decideva il Pretore colla *vindiciarum dictio*.

(1) Quanto alle analogie fra l'*actio sacr.* e l'antica procedura greca, vedi il giudizio che Omero descrive rappresentato sullo scudo di Achille (Il. XVIII, 497-508) e su esso Schömann e Fanta (p. 82-86), il quale conchiude a ragione: *der Process hat also ganz die Form einer Wette*. Quanto all'*Anefangsklage* del diritto germanico, in cui si volle pure vedere il corrispondente dell'*actio sacr.* in rem nella rivendicazione di cosa mobile, cfr. LEIST, *Studien*, IV, 85, GRIMM, *Rechtssalterthümer*, 588-591. In senso contrario LONDON, *die Anefangsklage*, 1886.

(2) Cfr. sopra, pag. 126.

giudiziario, o non piuttosto di semplice violenza privata (1); forse anche questa seconda ipotesi apparirebbe più giustificata della prima. Si noti poi, che l'etimologia di *vindicare*, *vindicta* ecc., è ora più controversa che mai.

Mommsen (2) infatti ritiene, che *vindicare* corrisponda realmente a *vim indicare*, ma significhi *denunziare al re, che ci è fatta violenza*. D'eguale opinione si può dire O. Müller, che propende bensì per l'etimologia *vim dicere*, ma spiega il *dicere* come corrispondente al greco *δεικνυμι*.

H. Krüger interpreta invece: *vim esse dicere*, ed infine, per non dilungarmi maggiormente, altri, fra cui Bréal et Bailly (3), fanno nascere *vindicare* da *vindex* e *vindex* da *venum dicens*. *Vindex* sarebbe dapprima chi promette di pagare il prezzo della cosa comperata e dà perciò garanti (*prædes*), in seguito chiunque dà cauzione. *Vindicare* significherebbe quindi *rivendicare la cosa, dando cauzione*. Adunque, anche le ricerche etimologiche ci danno risultati intieramente negativi.

7. — Di fronte agli scrittori in parte già citati, che sostengono non essere stato il giudizio sconosciuto in Roma, vi è anche chi propende per l'opinione contraria. Così Zocco-Rosa, senza toccare, a quanto parmi, il vero punto della questione. Egli non si preoccupa degli altri popoli Ariani, e distinguendo il duello dalle altre ordalie, non senza poi confonderle talora in pratica, afferma che i duelli di Manlio Corvino con un Gallo e di Bodio Campano con T. G. Crispino, *non sono esempi o tracce di duelli giudiziari nel mondo penale romano*, cosa che niuno certamente vorrà contestare; che i fatti di Muzio Scevola, Tuccia ed Emilia vestali, degli Orazi e Curiazi, di Bruto e Sesto *poco o niente alla penalità si riferiscono ma son prove*

(1) Così Voigt, XII Taf., § 53, n. 25 (pag. 508).

(2) MOMMSEN ed O. MÜLLER cit. in H. KRÜGER, *Gesch. der cap. dem.* p. 192.

(3) Op. cit., v. *vindex*. A questo proposito, senza entrare nella questione etimologica sottratta intieramente alla mia competenza, osserverei che nell'*actio sacr. in rem*, secondo la concorde testimonianza di tutti gli antichi scrittori, le parti deponevano originariamente la *summa sacramenti*, e non davano quindi cauzione. I *prædes sacramenti* furono introdotti più tardi, per evitare appunto di dover effettuare il deposito.

piuttosto dell'influenza primitiva delle dottrine augurali a Roma, dottrine nelle quali erano maestri gli Etruschi (1). Che c'entrino in questi fatti le dottrine augurali proprio non saprei.

Anche il Dareste afferma che « certamente l'ordalia ed il giuramento con congiuratori non sono nelle idee romane, ma che se ne trova la traccia nell'India e nella Grecia » (2). Comunque ciò sia, certo è, che l'ordalia dovette scomparire in Roma assai presto, almeno nei giudizi pubblici, mentre il diritto romano, purgato man mano da ogni elemento estraneo, continuava la sua mirabile evoluzione. Anche quando in Italia ricomparivano i giudizi di Dio coi barbari conquistatori, e pareva spenta ogni traccia della sapienza giuridica antica, il diritto bizantino, continuazione del diritto romano, li respingeva costantemente (3), benchè talora a quanto pare, l'ordalia sia penetrata nella pratica anche fra i bizantini (4). Infine, come già abbiamo ricordato, era riservata precipuamente al diritto romano, il cui rinascimento, e la cui recezione in quasi tutta l'Europa, forma uno dei più mirabili fenomeni nella storia del diritto e della civiltà, il compito di far scomparire gradatamente l'ordalia dai tribunali d'ogni paese civile.

(1) ZOCCO-ROSA, Op. cit., pag. 45-47. Del resto sui giudizi di Dio, lo Zocco-Rosa cade in parecchie inesattezze, ad es. quando afferma che tutte le leggi barbariche, salvo quelle degli Anglo-sassoni, *fanno menzione del duello in una maniera espressa e dettagliata*, che specialmente le leggi visigotiche fanno certa prova dell'essere le ordalie conosciute dai barbari, e via dicendo. Ricordiamo a titolo di curiosità la spiegazione che l'A. dà dei giudizi di Dio... « il presunto reo si mette nelle mani della divinità, o piuttosto le si offre come vittima, e da certi indizi, da certe prove, si desume se la vittima è accettata o rifiutata: il rifiuto divino segna l'innocenza dell'uomo ».

(2) Op. cit., pag., 401. Credono invece all'esistenza del giudizio di Dio in Roma, oltre i già citati, D. PANTALEONI, *Storia civ. e costituz. di Roma*, I. IV, (leggi penali prima delle XII tav.) cit. in Zocco-Rosa; in Grecia: HOFFMANN, O. c., 132, e v. DONNER, *Übers. des Sophokles*, I, p. 264, nota (cit. in Hoffmann), SCHÜMANN, O. c., e lo stesso Zocco-Rosa; nell'antichità classica in generale VICO (I. c.) GENTIL, *Essai sur les preuves*, I. c., BEKKER, *Charikles*, 1854, I, p. 317 (cit. in Vigo). KAROI, KORISWARTER, etc.

(3) ZACHARIÆ von LINGENTHAL, Op. cit., pag. 380, n.°

(4) Cfr. GIORGIO ACROPOLITA, cap. 50; NICEPHORO GREGORAS, *Hist. Rom.*, VI, I, 8.

CAPITOLO SESTO

L'ordalia presso i Celti e gli Slavi.

Bibliografia. — *Ancient Laws and Institutes of WALES*, 1841. — *Ancient Laws and Institutes of IRELAND*, (4 vol.) 1865-1879. — ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Études sur le droit celtique. Le Senchus Mor*, 1881, (dalla *N. Revue hist.*). — *Id.*, *Le Senchus Mor*, *Nouv. Revue hist.*, 1884, p. 33 e seg. ed altri articoli. — L. DE VALROYER, *Les Celtes, la Gaule celtique, étude critique*, 1879. — DARESTE, *Le droit celtique, journ. des savants*, 1887 (*Études*, p. 356 e seg.). — * F. WALTER, *Das alte Wales*, 1859. — EWERS, *Das ält. Recht der Russen*. Dorpat, 1826. — MACIEIOWSKI, *Slavische Rechtsgesch. (Übers.)*, 1835. — DE CLAREUIL, PICTET, KAEGI, PFALZ, GRIMM, KÖNIGSWARTER, *Op. cit.* — * H. JIRECEK, *Das Recht in Böhmen und Mähren*, 1865-66. — DARESTE, *Études (les Tchèques, les Polonais, les Russes, les Slaves du Sud)*, p. 158-247.

1. — Il diritto celtico, rimasto per lungo tempo un segreto, che pareva dover essere impenetrabile, è ora in parte conosciuto dopochè, da non molto, alle leggi di Wales, già pubblicate, vennero ad unirsi le antiche leggi irlandesi. Si vide così, non ostante la difficoltà, che presenta la loro interpretazione, quante fossero le analogie fra le istituzioni celtiche, e quelle degli altri popoli d'origine ariana (1), e si potè riempire una lacuna assai lamentata nella storia dei diritti indogermanici.

Riguardo ai giudizi di Dio, alcuni accenni al loro uso presso i Celti si potevano già trarre dagli scrittori classici.

Un epigramma dell'antologia greca ricorda che i Celti, abitanti presso il Reno, provavano la legittimità dei figli gettandoli collocati sopra uno scudo nel fiume, detto perciò *provatore delle nozze* (ἐλεγχ'γαμοῦ). Giuliano imperatore, Eustazio ed altri (2)

(1) S. MAINE, *Lectures on the early history of Institutions*, 1875, p. 5-9.

(2) *Ant. Græca*, I, 40. JULIANI *ep.* 16 *ad Maximum* (JULIANI *quæ supersunt*, ed. F. C. Hertlein, Lipsiæ, 1875, p. 495. Cfr. *Oratio* II, 81, ed. cit., pag.

riconfermano questa notizia, aggiungendo che i figli illegittimi andavano a fondo, mentre i legittimi galleggiavano ed erano raccolti dai parenti (1).

Tutti gli autori citati parlano esplicitamente di Celti, e non possiamo quindi accogliere l'ipotesi di molti antichi scrittori, seguiti da Grimm, Phillips, Dahn ed altri (2), i quali vorrebbero attribuire quest'uso ai germani.

Parimenti ai Celti si riferisce il racconto favoloso di Artemidoro citato in Strabone (IV, 4): in riva all'Oceano, vi sarebbe stato un luogo, frequentato da due corvi, a cui i contendenti sollevano gettare ciascuno una focaccia: colui la cui focaccia veniva divorata perdeva la lite, la guadagnava invece colui la cui focaccia veniva solo sminuzzata (3).

Tito Livio ricorda i duelli frequenti fra i Celtiberi, ed è da notarsi, che le sue parole (4) concordano perfettamente con quanto vedremo degli Irlandesi, presso i quali il duello avviene ordinariamente per accordo fra le parti, e non è mezzo di prova, ma tiene luogo di giudizio, o meglio direi quasi di compromesso.

Le leggi di Wales e le leggi irlandesi citate, ci offrono pure materiali preziosi.

Nell'antico diritto attribuito a Dynwal Moelmud, le ordalie sono prescritte nelle accuse di furto, omicidio e tradimento contro

104). EUSTATHIUS, *Comm.*, 294 (*Geog. Græci minor.*, ed. Didot, 1882, II, p. 267). NONNUS, *Dion.*, 23, 95; 46, 54. LIBANIUS, *Panegyri. in Jul. Cons.*, 238. TZETZES, *Schol. ad Hes.*, n. 12, ed. Lips. *Chiliad.* 4, v. 431 (citati in nota a Eustazio). CLAUDIANO in *Rufin.*, II, 112 (*Et quos nascentes explorat gurgite Rhenus*).

(1) Erroneamente afferma il contrario Pfalz, p. 20, confondendo forse colla prova dell'acqua fredda, quale è usata dai Germani.

(2) Cfr. IRENIUS, *Germaniæ exegeseos etc.*, I, 1, cap. 17, fogl. 9, Argent. 1518. MAIER, p. 23. GRIMM R. A., p. 935. PHILLIPS, *Engl. Reichs- und Rechtsgesch.* 1820, II, 274. DAHN, p. 32 ecc.

Vedi per contro WACHTER, *Orakelgewässer* in ERSCH u. GRUBER, *Encykl.*, s. III, 4, p. 380, n. 32 e gli autori citati da Maier e da lui; PFALZ p. 20, SANDIFORT p. 33. Cfr. SIEGEL, *Gerichtsverfahren*, p. 212.

(3) Erroneamente KÖNIGSWARTER, I, c., 1850, I, p. 46 afferma il contrario.

(4) LIV., XXVIII, c. 21. « Quidam, quas disceptando controversias finire nequi-
» verant, aut noluerant, pacto inter se, ut victorem res sequeretur, ferro de-
» creverunt ».

il padrone. Esse sono di tre specie, cioè: il ferro infuocato, l'acqua bollente ed il duello, e furono abolite, a quanto si pretende, da Hoël, che vi sostituì il giuramento (1); ciononostante, le varie ordalie e specialmente il duello si trovano usate anche dopo la proibizione.

Curiosa ed interessante è la procedura usata secondo l'antico diritto irlandese (2).

Il giudizio si può dire diretto dai giureconsulti o *flè*, che originariamente, a quanto si deduce dalla leggenda, giudicavano soli e senza appello, ma che in seguito proponevano solamente le sentenze, salvo al re o al popolo di sanzionarle o dar loro valore legale.

Questi *flè*, oltre ad altre qualità soprannaturali, sapevano anche scoprire la verità con quattro mezzi, cui accenna l'introduzione al *Senchus Mór*, principale libro giuridico irlandese, e che sono descritte più diffusamente dal *Glossario di Cormac* (3).

Di queste quattro specie di divinazione, due, a quanto pare, hanno per principal base il sonno *fatidico*, una la bachetta divinatoria, un'altra è forse peculiare agli Irlandesi, e per essa si conosce la verità colla punta delle dita (4).

S. Patrizio proibì l'uso delle tre prime pratiche divinatorie, conservando solo l'ultima.

Unendo così la scienza giuridica all'arte di conoscere il fatto, il *flè* non può non essere l'arbitro del giudizio, e deve paragonarsi agli stregoni dei popoli selvaggi, specialmente di vari popoli Africani ed Americani, di cui abbiamo detto.

(1) *Welsch Laws*, l. xiv, c. 13, § 4. Cfr. WALTER, O. c., 250, 467. KÖNIGSWARTER, l. c. 46-47. KÆGGI, p. 57, etc.

(2) Cfr. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Études etc.*, pag. 77 e seg.

(3) Riportato in JUBAINVILLE, Op. cit., p. 103-104.

(4) Op. cit., p. 106: « *dicetal do cennaib, procédé magique par lequel le » savant irlandais tirait la vérité du bout de ses doigts* ». Jubainville, non so se a ragione, ricorda a questo proposito l'espressione volgare *savoir sur le bout du doigt*, il cui senso originario si conosce forse meglio dall'espressione nostra: *aver sulla punta delle dita*, cioè aver pronta ad ogni evenienza, essere padrone di una data materia.

Quest'importanza data alla divinazione rende superflue nel maggior numero dei casi le altre ordalie, e forse contribuì non poco a conservare il duello quale lo troviamo fra gli Irlandesi, cioè non ancora trasformato in vero mezzo di prova.

È poi inutile ripetere che, a parer mio, la divinazione usata in una questione giuridica costituisce un vero giudizio di Dio, perchè la divinità ispira l'indovino (1).

Del resto anche le altre ordalie non sono sconosciute agli Irlandesi, e forse se ne accrebbe l'uso diminuendo l'importanza dei *filè*.

La tradizione attribuisce l'invenzione di nuove ordalie, e la conferma delle già esistenti a Cormac, re del III secolo dell'era volgare (2); una glossa al *Senchus Mór* (3) indica la prova della caldaia, prevedendo il caso che alcuno fosse citato fuori del suo paese.

In antichi documenti compare frequente la prova del ferro infuocato (4), ed infine, antichi concili irlandesi prescrivono la sorte per i casi dubbi, non saprei però se per influenza straniera, o seguendo le tradizioni nazionali (5).

Quanto al duello, da un pezzo gli scrittori ne attribuivano l'uso ai Celti senza alcuna ragione decisiva (6), salvo forse il

(1) Più tardi, mutata la religione, all'azione della divinità si sostituisce nella credenza popolare quella dei demoni: ed infatti S. Patrizio trova che solo uno dei mezzi di divinazione indicati poteva compiersi senza l'azione diabolica. (*Gloss. di Cormac*, cit.).

(2) VALROYER, Op. cit., 538.

(3) *Anc. Laws of Ireland*, I, 195, 199; vedi anche PIOTET, *Origines etc.*, III, 179.

(4) VALROYER, Op. c., I. c.

(5) WASSERSCHLEBEN, *Die irische Canonensammlung*, 1885, XXVI, 6. *De eo quod inter dubia sors mitti debet* (cit. in DARESTE, I. c., p. 489). In seguito ricorderemo la dottrina di S. Agostino, per cui la sorte tollit dubitationem et divinam indicat voluntatem.

(6) Cfr. PELLOUTIER, *Hist. des Celtes*, I. IV, c. 6. REGNIER, *Écon. publ. et rurale des Celtes*, 1818, p. 212. CHABRIT, *De la monarchie française et de ses lois*, 1783, II, xov, cit. da Giraud. (*Essai sur l'hist. du D. français au M.-A.* 1846, p. 38) il quale alla sua volta si mostra sull'argomento molto scettico. Cfr. anche MOMMSEN, *Röm. Gesch.*, I, 325, cit. da LEIST, *Cif. Studien*, IV.

passo citato di Tito Livio, ma ora le loro ipotesi vengono confermate dal diritto irlandese (1).

In esso il duello è ammesso ogni qualvolta le parti di comune accordo lo scelgano come mezzo di definire le loro private controversie, ed avviene allora nel modo prestabilito in presenza di testimoni, in generale di tutta la parentela; cosicchè, come già si disse, anzichè di vero duello giudiziario usato come mezzo di prova, si tratta di una specie di compromesso fra le parti. Con ciò non intendo affermare che nell'esito del duello non si scorgesse già l'azione della divinità, e che quindi esso non possa ascriversi fra i giudizi di Dio, prendendo la parola in un senso ampio.

Il duello era inoltre ammesso per consuetudine nel caso di rifiuto a lasciar procedere ad un sequestro legale; eguale consuetudine è sanzionata dalla legge ribuaria, ma qui è il debitore che pone la spada sul proprio limitare, sfidando così l'avversario a duello, mentre nel diritto irlandese la sfida parte dal creditore.

L'omicidio, che avviene in un duello legale, naturalmente non è punito, e non dà diritto alla composizione.

È ancora degna di menzione un'antica usanza celtica, per cui i giudizi si tenevano sopra un battello in mezzo ad un lago,

(1) *Ancient Laws etc.*, I, 176, IV, 33. ARBOIS DE JUBAINVILLE in *Révue celtique*, VII (1886) 13, cit. da DECLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*. N. *Révue histor.*, XII, (1889) 177. DARESTE, I. c., 476, 482.

Non avendolo trovato citato da nessuno, riporterò, anche a titolo di curiosità, il seguente passo delle leggi irlandesi, riferentesi a duelli di donne, ricordati nel libro di AIGILL (*Anc. Laws etc.*, III, 291) « The exemption as regarded » women in a woman-battles. That is, the women are exempt as regards the » woman-battles raising their distaffs and their combags in the presence of » their guardians. This is after notice and fasting, but if it be before notice » and fasting, it is to be considered for what reason they did it. And if it was » for the purpose of compelling the payment of debts, then is a fine of unlaw- » full distress for it. If it was for the purpose of injuring the body, and if » injury to the body resulted therefrom, full fine for the injury, which has » resulted therefrom is to be paid for it: but if injury has not resulted therefrom at all, it is a fine for intention, or it may be a fine for fighting in » a green, that shall be paid for it. — *Nota.* That is, a fine for fighting in a » prohibited place, such as a green or sanctuary ».

ed il giudice pronunciando la sentenza, doveva toccare l'acqua col piede destro (1). È però assai difficile spiegarne il significato primitivo; se, come sostiene Grimm, *originariamente il sacro elemento dell'acqua era richiesto per la procedura giudiziaria*, si può credere che immergendo il piede nell'acqua, il giudice si mettesse in comunicazione con questo elemento sacro, quasi per trarne ispirazione e consiglio, e ciò costituirebbe un fenomeno molto analogo al giudizio di Dio. A noi basta ad ogni modo aver accennato a questo fatto.

Per finire quanto riguarda i Celti, ricordiamo ancora, che quando il loro diritto poteva dirsi ignoto affatto, si era venuto formando una leggenda, secondo la quale esso avrebbe influito enormemente sul diritto germanico, soprattutto sulla legge salica. Questa opinione, sostenuta da Leo, è spinta fino al ridicolo da Petigny, il quale vedeva nelle glosse malbergiche l'antica redazione celtica della legge salica. Grimm però dimostrò ad evidenza, che in esse manca affatto l'elemento celtico, e più recentemente Valroyer dovette concludere che le consuetudini celtiche

(1) *Mém. de l'Acad. celtique*, v, 143 (1810) cit. in GRIMM, *R. A.*, p. 800, nota.

Anche i Germani usavano tenere i giudizi presso o sopra l'acqua, come lo dimostrano i numerosi passi addotti da GRIMM, *Op. c.*, p. 799.

È poi degna di speciale menzione una forma di giudizio usata nominatamente a Basilea fra le persone di vile condizione, ed in cui il capo, od anche tutti i giudici, dovevano tenere un piede immerso nell'acqua durante il tempo del giudizio. Quest'uso è oggetto di una interessante dissertazione di OSENBÜRGEN, *Das kolenberger Gericht in Basel (d. Rechtsalterth. aus der Schweiz, (1858) 1, 1-15)*. Riporterò a questo proposito, perchè, salvo errore, non ancora usata, la seguente notizia tratta da CHR. URSATIS, *Epit. Hist. Basil. (in Script. rerum basil. minores, vol. 1, (1752), pag. 148)*. «..... lubet iudicium insolenti » consuetudine notatu forte non indignum... referre quod infamibus eiuscemodi » personis (carnifici, tortori, morticinorumque tractoribus etc.), litium aliquid » inter se habentibus, advocati autoritate eo loco cogitur. Consident illi sub » tilia baiuli, quos a nescio quibus immunitatibus vulgo die Freyheits Knaben » appellant, vili veste tecti, nudis omnes infra genna pedibus, quorum an- » tecessor iudicis personam et scipionem praetorium gerens, pedem alte- » rum in urceo aqua repleto, quamdiu consessus durat, vel media hyeme, » tenere cogitur... Feruntque huius generis hominibus non nisi in paucis ali- » quot Germaniae urbibus, simili ritu actiones concedi ». La sentenza pronunciata è inappellabile.

non possono entrare se non per una parte debolissima nella formazione dell'antico diritto franco, in cui tutto si può spiegare senza ricorrere ai Celti (1).

Tutto ciò ho ricordato, perchè, come già accennai e dirò in seguito, Wilda sospettò che i Germani potessero aver appreso dai Celti l'uso delle ordalie, seguito ancora da Pfalz, per quanto riguarda la prova della caldaia nel diritto salico, mentre per contro Unger pretese di spiegare la mancanza, forse solo apparente, del duello presso i Salii coll'influenza *della civiltà assai più avanzata dei Celti* (2). Queste ipotesi debbono ritenersi completamente erronee.

2. — Anche gli Slavi conoscevano senza dubbio da tempo immemorabile il duello e le ordalie.

L'uso del duello è attestato da Ibn Dost, viaggiatore arabo che visitò la Russia nel x secolo, e prescritto nelle più antiche leggi delle varie popolazioni slave.

Secondo il viaggiatore citato, ogni processo è deciso dal principe, ma se dopo il suo giudizio le parti non sono contente, ricorrono al duello, e colui *la cui spada è più tagliente vince la causa* ed impone al vinto qualsiasi condizione (3).

Il giudizio del principe ha quindi in pratica il valore di un semplice tentativo di composizione, salvo restando alle parti il diritto di ricorrere al duello, probabilmente considerato come giudizio di Dio.

Quanto alle condizioni del vinto, Ibn Dost non esagera punto: sappiamo infatti che ad es., nel 1022 si pattuì che il vincitore

(1) GRIMM, *Prefazione alla legge Salica* (*Lex Sal. ed. Merchel mit Vorrede von Grimm*, Berlin, 1850). VALROYER Op. cit., p. 566-67. Cfr. 164. Vedi anche S. MAINE, Op. cit., p. 5: « The ancient organisation of the Celts of Gaul... appeared to have entirely disappeared from France ». Per altro a possibili influenze del diritto celtico sul diritto franco, presta fede A. de Jubainville. Cfr. ad es. il suo articolo *La saisie dans la loi Salique et dans le droit irlandais*. *Nouv. Rev. Hist.*, XII, p. 306 (1888).

(2) PFALZ, 21. (Il medesimo p. 23 osserva, non saprei con quanta ragione, che i Germani usarono con maggior frequenza le ordalie negli antichi paesi celtici, cioè in Francia ed in Inghilterra). UNGER, pag. 16. (Egli ammette che la legge salica si risenta assai del diritto degli antichi abitanti delle Gallie).

(3) DARESTE, I. c., p. 209.

di un duello acquisterebbe averi, terre, moglie e figli del vinto (1) ed in Boemia, in epoca punto remota, oltre cioè il XIV secolo, il vincitore era obbligato a decapitare egli stesso l'avversario caduto (2).

Rispetto alle ordalie si credette e si crede da alcuni, che esse siano state introdotte fra gli Slavi col cristianesimo (3), o almeno per influenza germanica.

In appoggio si può citare specialmente un passo di Helmold (*Chron. Slavorum*, I, 83): *et inhibiti sunt Sclavi de cætero iurare in arboribus, fontibus et lapidibus, sed offerebant criminibus pulsatos sacerdoti, ferro vel vomeribus examinandos* (4).

Ciò però a parer mio non è decisivo, perchè anche accettando intieramente le parole di Helmold, nulla vieta di ammettere che le ordalie fossero già conosciute accanto ai giuramenti (5), e che gli ecclesiastici le abbiano accolte, proibendo i giuramenti pagani.

Di un certo peso è anche una lettera di papa Onorio III (a. 1225), dalla quale si deduce, che gli abitanti della Livonia, da poco convertiti, si erano a lui rivolti perchè li proteggesse contro i Templari, ed altri esercitanti giurisdizione secolare, che li costringevano a subire la prova del ferro infuocato (6). Questo abuso, secondo la citata lettera, incuterebbe scandalo e terrore nei convertiti, e nei catecumeni.

Probabilmente però si tratta solo di speciali condizioni locali, e forse anche della sola prova del ferro infuocato; mentre per contro pare, ad esempio, che le ordalie fossero usate da tempo antichissimo in Lituania (7) ed in Boemia (8).

(1) EWERS, Op. cit., 224-225.

(2) *Rad prava zemskeho* in DARESTE, p. 172.

(3) HILDENBRAND, *Pfalz*, p. 23.

(4) *Mon. Germ. Histor. SS.* XXI (1869), p. 77. La narrazione si riferisce all'anno 1156 e merita ogni fede, perchè d'autore sincrono, e bene informato.

(5) Analogamente in un passo dell'*Edda*, di cui diremo a suo luogo, l'accusata si offre di *giurare presso la sacra pietra bianca* o di sottoporsi alla prova della caldaia.

(6) *Decret. Greg.* IX, v, 35, 3.

(7) MACIELOWSKI, IV, 355.

(8) PALACKY, *Gesch. von Böhmen*, 1844, I, 184, n. 171 (cit. in Kaegi, p. 57) confuta l'opinione di chi crede le ordalie introdotte solo col cristianesimo.

Le prove più usate sono quelle del ferro infuocato, dei vomeri, dell'acqua bollente e dell'acqua fredda (1). È pure ricordata la sorte (2), e, almeno nelle leggende, compare anche il *iudicium feretri*, in cui si crede che il cadavere dell'assassinato sanguini alla presenza degli assassini (3).

La difficoltà di ricorrere alle fonti non mi permette di ricostruire la storia delle ordalie presso le singole popolazioni slave, solo darò qui alcune notizie, servendomi spesso degli *studi* di Dareste.

In Boemia, la prima menzione delle ordalie si troverebbe in un decreto del duca Brecislao I dell'anno 1039; in esso è prescritto il giudizio di Dio per la moglie, che si lagna di essere maltrattata dal marito, e per gli omicidi, i quali denunziati dai parroci, neghino il delitto loro addebitato. In questo caso si ricorre alla prova del ferro infuocato o dell'acqua bollente (4).

L'uso delle ordalie, secondo Dareste, sarebbe scomparso verso la fine del XIII secolo (5); per altro il *Rad prawy zemskeho* (*Ordo iudicii terræ*) (6) redatto prima del 1350, prescrive la prova dell'acqua fredda in un modo curiosissimo, e che presenta sorprendenti analogie con quanto Porfirio narra degli Indiani (7).

Nell'azione di rivendicazione d'immobili, l'attore presenta nove testimoni, e dopo varie formalità, il convenuto ne sceglie tre,

(1) HELMOLD, l. c.; EWERS, 317; GRIMM R. A., 933; JIRECEK, I, 1, 63; 2, 132; MACIELOWSKI, l. c. e. II, 175; KARGL, l. c.; POST, *Ursprung des Rechts*, p. 123-124; *Grundlagen des Rechts*, 457-58; J. M. B. LATOMI, *Genealogicon Megapolitanum in Westphalen*, *Monum. ined.*, IV, 164.

(2) La sorte sarebbe succeduta in Russia al duello: MEINER, *Vergleichung des älter. u. neuer. Russlands*, 1798, pag. 261, 268, 272, cit. in POST, *Grundlagen*, 441, n. 2°. Ewers per altro non ne parla.

(3) Se ne avrebbe avuto un esempio dopo il preteso assassinio dello tzarévitch Dmitri. POUCHKINE, *Poèmes*, (Paris, 1862, p. 38), Boris Goudonoff.

(4) DARESTE, p. 159. WESNITSCH *Die Blutrache bei den Südslaven. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.* 1889, 454-455.

(5) DARESTE, p. 168; Cfr. anche GRIMM, R. A., l. c.: questi cita esempi d'ordalie usate nel 1229 e 1246.

(6) Un'antica traduzione latina si trova negli *Antiquiss. monum. iuris slovenici*, pubblicati nel 1838 da Kucharski.

(7) Cfr. sopra, pag. 111-112.

che debbono giurare. Alla sua volta egli presenta sette testimoni, e l'attore ne sceglie parimenti tre.

Se uno qualsiasi dei testimoni è in ritardo (1), o se commette il minimo errore ripetendo la formula del giuramento, la parte che lo ha presentato perde irremissibilmente la causa. Ma se i giuramenti sono prestati regolarmente da entrambe le parti, non resta che un giudizio di Dio, che si compie in questo modo: l'attore entra nell'acqua seguito a tre passi di distanza dal convenuto; se dopo tre passi egli vacilla e corre pericolo d'annegare perde il processo, se invece subisce felicemente la prova, il convenuto vi si sottopone alla sua volta, e perde la causa solo se non gli riesce d'imitare l'avversario.

Come si vede, il *commodum possessionis* non è senza importanza; però colla causa il convenuto perde anche la vita (2).

Secondo Macieïowski, nella collisione di testimonianze, si sarebbe pure usata la sorte (3).

L'*ordo iudicii* citato contiene poi abbondanti notizie sul duello.

Questo è ammesso specialmente nelle accuse di assassinio, che danno luogo ad una procedura interessantissima (4). Si combatte in generale con spada e pugnale, ma i villani usano invece lo scudo ed il bastone, e così pure i campioni quando sono ammessi. Ognuna delle parti può sottrarsi al duello scegliendo volontariamente l'esiglio; inoltre il convenuto può rifiutare il duello, se le condizioni delle parti è diversa, e se attrice è una donna maritata. L'orfano minorenne e l'orfana sono rappresentati dai parenti; le vedove e le ragazze maggiori di diciott'anni possono combattere esse stesse, armate di scudo e spada; in questo caso però, l'avversario è posto in una fossa, da cui compare solo dalla cintola in su; la donna invece è a piede libero, ma non può oltrepassare un cerchio tracciato intorno alla fossa.

(1) Cfr. anche il diritto indiano, sopra pag. 105.

(2) DARESTE, p. 176-177.

(3) Op. cit., II, 93 e seg. Post, *Grundlagen*, 457-458.

(4) DARESTE, 170 e seq.

Eguale formalità, salvo forse l'ultima, seguivano pure i Germani nei duelli fra uomo e donna; in essi però l'uomo era armato di bastone, le donne di una pietra legata in un velo.

Passando ai Polacchi, troviamo che il loro più antico monumento giuridico è redatto in tedesco (1), probabilmente ad uso dei cavalieri dell'ordine teutonico, e ciò basta a farci ritenere più che probabile l'influenza del diritto germanico. Ciò è confermato del resto quanto alle ordalie del vedere che il rituale è innegabilmente calcato sui modelli germanici, e li riproduce anzi in gran parte.

In questo antico libro giuridico, che risale al XIII secolo, hanno larga parte le prove del ferro rovente e dell'acqua calda, e specialmente il duello (2).

L'onere della prova incombe al convenuto, che si serve di testimoni, o congiuratori, o del giudizio di Dio; ma quando egli propone i propri testimoni, l'attore può rifiutarli esigendo il duello. I nobili combattono colle spade, i contadini col bastone. In molti casi sono ammessi i campioni; per non parlare dei casi di malattia, possono farsi rappresentare il re, i vescovi, preti, abati, il signore che ha un processo per un suo contadino, o che è convenuto da un contadino altrui ecc.

Quando il convenuto non ha testimoni, e quando, ordinato il combattimento, dimostra di non essere in grado di combattere, si impone la prova del ferro infuocato, od anche dell'acqua fredda. La prima è di due specie: il convenuto a piedi nudi passa sopra

(1) Fu edito prima da HELCEL nei *Monumenti dell'antica legisla. polacca*, vol. 2°; (1870), poi da VOLKMANN, *Das älteste geschriebene Polnische Rechtsdenkmal*, Elbing, 1869, e si crede redatto nel XII secolo. I capitoli 16 e 17, in cui si tratta delle ordalie, sono anche riprodotti in Appendice agli *Ordines iudiciorum Dei*, editi da ZEUMER. (*Formulae Merowing. et Karol. Aevi*, 1886, p. 721-722).

(2) Rispetto al duello presso gli antichi Polacchi si veda anche GERHARDI, Op. cit., cap. II, § 12, e gli autori da lui citati, specialmente FRANC. MARINIUS, *Diss. de Scopo Reip. Polonicae*. Wratisl. 1635, 12 ed., p. 125-129 « (... iure simplicissimo Polonos primis temporibus usos fuisse, atque controversias a Principibus ex æquo et bono aut singularem nonnunquam certamine dijudicatas fuisse...) ». Vedi pure MORELLOWSKI, *über das Duell im alten polnischen Recht* (*litter. Beil. der Lemberger Zeitung*) 1884, che io non ho potuto procurarmi.

tre ferri roventi, oppure fa tre passi tenendo in mano un ferro rovente; in entrambi i casi, la parte esposta all'azione del ferro è rivestita di cera, ed esaminata solo dopo tre giorni.

La prova dell'acqua fredda non presenta differenze notevoli da quella in uso presso i Germani; all'accusato si legano le mani davanti alle gambe, gli si passa un bastone fra le braccia ed i popliti (1), e viene gettato nell'acqua trattenuto con una corda. Il galleggiare è prova di colpa.

In questa, come nell'ordalia sopraindicata è richiesta la benedizione del prete, che ha diritto ad una piccola remunerazione fissata dalla legge.

Lo statuto di Wislica del 1347, ed in generale tutte le leggi di Casimiro il grande, non ammettono più il duello e le ordalie (2).

In detto statuto si ricorda invece un antico costume, abrogato solo in parte, per cui il giuramento dell'accusatore farebbe prova, nell'accusa d'omicidio commesso da più persone. Questa specie di omicidio, come più grave, è punita colla pena di morte, mentre negli altri casi è stabilita solo una composizione; inoltre si volle anche facilitare la prova, dichiarando sufficiente il giuramento dell'accusatore, mentre ordinariamente è stabilito *quod actor teneatur, quod asserit comprobare, alius reus tantummodo proprio iuramento se valeat expurgare* (3).

(1) Si veda il disegno rappresentante una prova dell'acqua fredda, riprodotto da ZEUMER, op. cit., pag. 672, dove si distingue benissimo il bastone, ed il modo con cui l'accusato è preparato alla prova.

(2) *Stat. Kazimiri Magni*, ed. cur. R. HUSE, Warszawa, 1881.

(3) *Stat. Wisl.* 13 (ed. c. p. 11) Cfr. 34 (p. 19) 64-69 (p. 29) *Stat. Wielkopolskie* 22 (p. 45). Cfr. anche l'opera citata di DARESTE, p. 194. A proposito poi dello statuto di Vinodol, (Dalmazia) lo stesso Dareste (p. 225) scrive: « La preuve par excellence, ou plutôt la seule preuve est le serment. Mais qui pré- » tera serment? Sera-ce l'accusateur ou l'accusé? L'accusateur s'il a des » témoins; sinon, l'accusé. C'est la règle générale chez tous les peuples slaves, » mais nulle part nous ne l'avons trouvée formulée avec autant de précision ». La verità è che, almeno nei saggi del Dareste, questa regola non è mai esposta. Ammettere al giuramento l'attore, quando ha testimoni, ed in caso contrario il convenuto, equivale a sancire che la prova spetta in prima linea all'attore, imponendo però nel medesimo tempo al convenuto l'obbligo di purgarsi col giuramento, ove l'avversario non riesca a dare egli la prova.

Secondo Dareste il giuramento comparirebbe invece come principale mezzo di prova riservato all'attore nel codice, che nel 1529 fu promulgato per la Lituania da re Sigismondo; l'accusato dovrebbe difendersi producendo testimoni (1).

Accanto al diritto nazionale s'introdusse in Polonia, (come pure in Boemia), il diritto germanico, specialmente Sassone, e con esso rimase in uso il duello, finchè in Polonia venne abrogato lo *Specchio Sassone* da re Alessandro I (1501-1507) dietro preghiera del Pontefice (2). Si cita specialmente uno statuto di Boleslao, con cui fu concesso agli abitanti di Cracovia di reggersi col diritto Sassone.

Sul duello in Russia abbiamo già ricordate le notizie del viaggiatore arabo Ibn Dost, ed un esempio del 1022 citato da Ewers. Al duello accenna pure un trattato del 1228 fra il principe di Smolensko e la città di Riga (3).

Da esso dobbiamo passare ad una legge di poco posteriore, cioè alla seconda redazione della *Russkaia Pravda*, che appartiene probabilmente alla fine del XIII secolo (4). Il ferro infuocato vi è prescritto, quando non si trovino testimoni per le accuse di furto, ed in generale per ogni accusa pubblica, quando il valore della causa raggiunga una data somma: se il valore è inferiore, si usa la prova dell'acqua, ed in ultimo, per le cause di minima importanza, il giuramento (5).

Le ordalie caddero poscia in disuso: restò il duello che troviamo ancora prescritto nella legge di Pskov del 1463, e nelle ordinanze di Ivano III nel 1497, e di Ivano il terribile nel 1550 (6).

Ci resta a dire degli Slavi meridionali, i cui diritti subirono moltissimo l'influenza straniera, ungherese, greca, italiana e via dicendo.

(1) DARESTE, 200.

(2) FRANCO. MARINIUS, Op. cit. in Gerhardi, l. c.

(3) EWERS, p. 338-339, n. 17.

(4) Mi servo della traduzione tedesca data da Ewers in calce della sua storia del *Diritto Russo* (p. 314 e seq.).

(5) l. c., p. 317.

(6) DARESTE, p. 218, 219, 220.

L'influenza ungherese è predominante nello Statuto redatto nel 1273 per la Slavonia, allora dipendente dall'Ungheria, ed in cui prova principale è il giuramento, ed in mancanza il duello (1).

Abbiamo già detto sopra quali siano le disposizioni dello statuto di Vinodol del 1288 (2), nel quale, secondo Dareste, sarebbe meglio conservato il diritto nazionale.

Nel codice di Stefano Douchan, redatto per i Serbi negli anni 1349 e 1354, nonostante l'influenza bizantina, sono conservate le ordalie dell'acqua bollente e del ferro infuocato (3).

Il codice Montenegrino del 1796 proibisce il duello (4), ma esso è troppo posteriore per meritare qualche considerazione.

(1) Aut. cit., 223.

(2) V. sopra pag. 161, n. 3.

(3) Art. 64, 78, cfr. 118 (DARESTE, p. 231).

(4) Aut. cit., p. 237.

CAPITOLO SETTIMO

L'ordalia presso i popoli germanici.

(Scandinavi-Goti-Tedeschi).

Bibliografia. — M. G. H. = *Monumenta Germaniae historica*. — JAFFÉ (WATTEMBACH e DÜMMLER), *Bibliotheca rerum germanicarum* (vol. 1-6, 1864-73). — MARTENE e DURAND, *Scriptorum veterum et monumentorum amplissima collectio* (9 vol.), 1724-33. — WESTPHALEN, *Monumenta inedita rerum germanicarum* (4 vol.), 1739-45. — MEICHELBECK, *Historia Frisingensis*, 1724-29, (vol. 1, p. II, docum.). — MONTESQUIEU, *Esprit des loix*, Genève 1749. — ROGGE, *Ueber das Gerichtswesen der Germanen*, 1820. — GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer* 3^{te} Aufl. 1881, 908 seq. — PHILLIPS, *Engl. Reichs- und Rechtsgesch.* 1824. — SIEGEL, *Geschichte des d. Gerichtsverfahrens*, 1, 1857. — G. WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3^{te} u. 2^{te} Aufl., (vol. 1-4), 1880-85. — F. v. SCHULTE, *Lehrbuch des d. Reichs- u. Rechtsgesch.* 5^{te} Aufl., 1881. — EICHORN, *D. Staats- und Rechtsgesch.* 4^{te} Ausg., 1834 seq. — WILDA, *Strafrecht der Germanen*, 1842. — ZOEPFL, *D. Rechtsgesch.* 1858 (3^{te} Aufl.). — GENGLER, *D. Rechtsgesch.* 1849. — *Germanische Rechtsdenkmäler*. 1875. — BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprocess*, (vol. I-VI). — SCHULZE-LIBLOY, *D. Rechtsgeschichte*, 1863. — WALTER, *D. Rechtsgesch.* 2^{te} Ausg. 1857. — HILLEBRAND, *D. Staats u. Rechtsgesch.* 1856. — SICKEL, *Gesch. der d. Staatsverfassung*, 1879. — I. VARGHA, *Die Vertheidigung in Strafsachen*, 1879 (pag. 103-121). — SOHM, *Altd. Reichs- u. Gerichtsverfassung*, 1, 1871. — LÖNING, *Reinigungseid bei Ungerichtsklagen*, 1880. — DAHN, *Gesch. der d. Urzeit* 1^{te} H., 1883. (*D. Gesch.* 1^{er} Band). — BRUNNER, *D. Rechtsgesch.*, 1, 1887. — PERTILE, *Storia del diritto italiano* (6 vol.) 1872-87. — P. DEL GIUDICE, *Studi di storia e diritto*, 1889.

1. — Secondo F. Müller, che ci ha sempre servito di guida in materia etnografica, la grande famiglia germanica si divide in tre gruppi principali, cioè Scandinavi, Goti e Tedeschi (*Deutsche*). Sotto il nome di Scandinavi, o Germani del Nord, si comprendono le popolazioni della Danimarca, Svezia, Norvegia, Islanda, Iutland, Schleswig ed altre regioni minori.

I Goti si suddividono in Ostrogoti e Visigoti, ma dei primi, ben presto attratti nell'orbita della civiltà romana, e scomparsi rapidamente fondendosi con altre popolazioni, non avremo a parlare.

Quanto ai Visigoti non c'è per noi ragione di dividerli dai Tedeschi, unitamente ai quali li designeremo col nome di Germani del Sud.

Alcuni credono inesatta la denominazione di Germani del Nord data agli Scandinavi (1), non saprei però con quanta ragione. Ad ogni modo, per evitare inutili ripetizioni, e perchè un'autorità di gran peso, Maurer, crede che certe forme d'ordalia siano passate dai Germani del Sud agli Scandinavi, non appare conveniente una distinzione recisa. Perciò parleremo dapprima in generale dell'origine delle ordalie germaniche, descrivendone insieme le varie forme, diremo in seguito della posizione dell'ordalia nel sistema di prove germanico, esaminando partitamente le varie leggi barbariche; ed infine studieremo l'influenza del cristianesimo e l'atteggiamento del clero di fronte al giudizio di Dio.

2. — Dopo quanto si è detto nei capitoli precedenti, potrebbe parere superfluo trattenerci ora sull'origine delle ordalie germaniche; pure le opinioni degli scrittori sono ancora tanto discrepanti, che non è possibile passar oltre senza ricordare e discutere almeno le principali.

Si può dire che la dottrina preponderante fino allo scorcio del secolo passato, specialmente fra gli autori tedeschi, assegnasse ai giudizi di Dio un'origine cristiana: in generale si diceva che essi erano un'invenzione del clero ambizioso ed avido, e si adducevano come prove il silenzio di Tacito, ed il fatto che le ordalie non furono mai combattute dagli ecclesiastici tanto quanto altre pratiche pagane (2).

(1) Così BRAUCHET, *Loi de Vestrogothie*, *Nouv. Rev. Histor.* XI, (1887), pag. 182, n.

(2) Cfr. ad es. HOOF, *Von den Ordalienin historischen Erzählungen*, 1784, p. 16. HEGEWISCH, *Uebersicht der d. Kulturgesch.* 1788, p. 105 nota. Cfr. MAIER, p. 14-22. Riguardo al silenzio di Tacito v. ancora PREFFER *Formalitäten e c. Zeitschr. für rom. Philol.* IX (1885), p. 5, n. 2.

Già Maier combattè questa opinione e le ragioni con cui si cercava di appoggiarla, sostenendo invece l'origine pagana (1), però relativamente recente.

Egli crede che il bisogno delle ordalie si sia sentito solo dopochè i Germani, per il contatto con altri popoli, nominatamente coi Romani, ebbero perduto i *tratti particolari del loro così amabile carattere*, tra cui anche la veridicità, e l'orrore per lo spergiuro (2).

Dopo Maier, l'origine cristiana delle ordalie è sostenuta ancora da Sandifort (3), ma parecchi altri scrittori si accordano invece nel considerare l'ordalia come antichissimo costume germanico, conservatosi immutato nonostante la conversione dei germani al cristianesimo. Così ad esempio Hergenröther, Grimm, Dahn ed altri (4). I due ultimi autori giungono fino a sostenere l'origine pagana del *judicium crucis*.

Fra le due opinioni diametralmente opposte, di cui abbiamo detto finora, ne sorsero parecchie intermedie, che alla loro volta si possono raggruppare in due categorie. V'è infatti chi crede che il concetto d'ordalia fosse familiare agli antichi germani, ma che le forme da noi conosciute possano essere state alcune inventate, altre modificate dal cristianesimo: nè manca per contro chi congetturi che le forme siano pagane, ma il concetto di giudizio di Dio, come mezzo di prova dell'innocenza, e della colpa, sia nato solo col cristianesimo.

(1) Fra le ragioni da lui addotte, una ne troviamo molto singolare, che cioè il nome d'*ordalia* si trova già in Plinio. Maier trasse questa notizia interamente falsa da Schmid, *Gesch. der Deutschen*, ma contemporaneamente o prima della pubblicazione del suo libro, Ernesti, riproducendone nei suoi *Beyträge* il primo abbozzo, ne provò l'erroneità, mostrando come essa nascesse da una nota mal collocata della *Chrestomathia Pliniana* di Gessner p. 80 (ERNESTI op. c. p. 69, nota).

(2) MAIER, p. 10-11. Già Thomasius, citato da Hildenbrand, credeva le ordalie invenzione dei sacerdoti pagani, ma per uno scopo meno elevato, cioè *ad terrendos eos, qui eorum sputa linguere nolebant et ad defendendos eos, qui eorum partibus adherebant*.... Il clero pontificio avrebbe seguito l'esempio. I. P. LANCELLOTTI, *Instit. iuris canonici... in usum auditorii Thomasiani*, 1717, p. 4 pag. 1734.

(3) Op. cit., pag. 4 e passim.

(4) HERGENRÖTHER, *Kirchengesch.* I, 822 GRIMM R. A. 909. DAHN, o. c., p. 24.

Appartengono alla prima categoria le opinioni di Rogge, Waitz e Wilda (1), il quale ultimo, partendo dall'idea già esposta dal Rogge, giunse ad affermare che nei tempi pagani erano in uso il duello e la sorte, e che appunto per combattere queste due usanze furono introdotte dal clero le (2) varie ordalie dell'acqua e del fuoco, forse dietro l'esempio dei popoli orientali, o dei Celti.

Le altre ordalie sarebbero state introdotte in epoca ancora più recente, quando sembrarono troppo crudeli e pericolose quelle già in uso.

Dall'altro canto, Unger asserì che le ordalie nacquero dopo l'introduzione del cristianesimo colà, dove nell'epoca pagana erano state usate come oracoli, e che *vennero così ad essere usate sotto la direzione degli ecclesiastici in un campo prima non conosciuto* (3).

Pfalz in parte segue l'autore citato, in parte Wilda, poichè egli afferma che si può dimostrare con sicurezza solo l'origine pagana del duello e della sorte, di quelle cioè che egli chiama ordalie popolari, mentre le altre prove, che chiama ordalie sacerdotali, sarebbero divenute giudizi di Dio, nello stretto senso della parola; solo nell'epoca cristiana. Inoltre egli dà molta importanza al contatto coi Celti, ed ammette che da questi siano passate alcune ordalie ai popoli germanici (4).

Anche per Hildenbrand (5) il vero concetto d'ordalia, come prova dell'innocenza o della colpa dell'accusato, si sarebbe svolto

(1) ROGGE, *Gerichtswesen*, p. 104. WAITZ, *d. Verfassungsgesch.* 1, 447. WILDA, *Ordalien*, p. 480, 482.

(2) Pare ne segua ancora l'opinione RICHTOFEN, Pref. alla *Lex Thuringorum*. (M. G. H. LL. t. v., 1875, p. 115): « Quin etiam dubito, an Dei iudicio ad novem » vomeres ignitos commemorato christiani eius mores demonstrentur (della » legge turingia) Wilda enim.... comprobaturus est reorum examinationes.... » nondum gentilium fuisse germanorum, sed a clero demum christiano inductas ».

(3) UNGER, *Zweikampf*, p. 15. Cfr. OSENBRUGGEN, *Das Criminalrecht und der Zeitgeist*, 1855, p. 10. (*In diesem (dem Boden des christlichen Glaubens) wurzelt vor Allem das Institut der Ordalien*).

(4) GOTTESURTH. P. 18, 19, 24, e n.° 28. Cfr. sopra pag. 156.

(5) *Purgatio can. u. vulg.*, pag. 16, 22. L'autore segue in gran parte le idee del suo maestro G. Phillips (*D. Geschichte*, 1, 248 seq. Cfr. *Englische-Reichs- und Rechtsgesch.* 11, 275).

solo nell'epoca cristiana: durante il paganesimo l'ordalia avrebbe invece servito a chi fosse minacciato d'una *faida* e non avesse « *Fehdegenossen* », cioè aderenti che lo difendessero, per provare che in mancanza di aiuti umani, egli aveva l'alleanza e la protezione della divinità, che lo avrebbe vendicato. In questa strana ipotesi, l'autore citato fa entrare anche il duello, in cui l'*arma divina* risparmiava il protetto degli Dei (1).

Si noti che questi accordavano la loro protezione, sempre secondo Hildenbrand, a capriccio (*nach Willkühr*), senza preoccuparsi dell'innocenza o della colpevolezza di chi la richiedeva, per cui l'aver felicemente sostenuta la prova non dimostrava punto che il fatto imputato non esistesse. Dopo l'introduzione del cristianesimo, mentre i « *Fehdegenossen* » si cambiavano in congiuratori, anche l'ordalia sarebbe divenuta un mezzo di prova.

Come si vede, gli autori appartenenti a questa seconda categoria, specialmente Unger ed Hildenbrand, attribuiscono al cristianesimo un'azione d'importanza capitale, la creazione del concetto di giudizio di Dio. Pur riservandoci di trattare altrove dell'influenza del cristianesimo, è necessario combattere fin d'ora queste opinioni senza alcun dubbio erronee al pari dei preconcetti, da cui procedono.

3. — In generale si può subito notare che nessun degli autori citati ha cercato di dimostrare le sue ipotesi, e certo sarebbe stato molto difficile il farlo, poichè di cambiamento nel concetto delle ordalie non si trova traccia (2). Abbiamo infatti una legge redatta durante il paganesimo, la legge salica, e già in essa la ordalia è mezzo di prova come nelle altre *leges barbarorum*: abbiamo inoltre un passo dell'Edda, sul quale avremo a ritornare ed in cui l'ordalia appare senza alcun dubbio come prova d'innocenza: l'accusata infatti dopo aver sostenuta la prova della caldaia, esclama: *vedete ora, o principi: io sono innocente*.

(1) Cfr. AMM. MARCELL., XIII, 107, *mucronibus, quos pro numinibus colunt*.

(2) Inutile dire che non si potrebbero in alcun modo addurre contro questa affermazione quei passi di antichi scrittori (alcuni dei quali sono raccolti in Hildenbrand p. 15), in cui appaiono usate come auspici o come oracoli quelle stesse pratiche, che troviamo anche come giudizi di Dio.

È noto che l'Edda è la principale fonte per la conoscenza della mitologia, e della religione nordica: solo, quantunque tutte le usanze ricordate in questo passo appaiano intieramente pagane, si potrebbe forse obiettare che la redazione dell'Edda è relativamente recente, e che d'altra parte, secondo un'ipotesi già ricordata e non contraddetta da questa leggenda (1), la prova della caldaia, come pure quella del ferro infuocato, sarebbe stata introdotta fra i Germani del Nord, e nominatamente in Islanda, dietro l'esempio dei Germani del Sud; perciò non insisto molto su questo punto.

Venendo alle singole opinioni, quelle di Unger e Pfalz sono così vaghe ed indeterminate che per combatterle partitamente bisognerebbe prima dar loro corpo, indovinando le intenzioni degli autori. Pfalz mi pare inoltre molto incoerente nel suo eclettismo, se così posso chiamarlo.

Hildenbrand per contro ci si presenta con un vero sistema armonico, e ben determinato, basato però su due premesse intieramente false, le quali, benchè non esplicitamente esposte dall'autore, risultano evidenti, dalla sua ipotesi. Le due premesse sono: 1° che i Germani, prima del cristianesimo, non conoscessero che la via della violenza privata, della *faida*, non quella della difesa giuridica da parte della comunanza, e perciò non vi fossero giudizi, e necessariamente neppure un sistema di prove; 2° che nella religione germanica non fosse ancora penetrato l'elemento morale, e perciò la divinità a *capriccio* abbandonasse l'innocente o intraprendesse talora la difesa del colpevole. Adunque Hildenbrand, forse senza rendersene ben ragione, spinge all'ultima esagerazione le ben note ipotesi di Rogge (2)

(1) In essa infatti a benedire la caldaia si chiama Saxi *principe degli uomini del Sud*.

(2) *Gerichtswesen*, p. 1. Cfr. anche sul diritto alla faida DARR, *Fehdegang und Rechtsgang der Germanen*. 1877, e SIOBEL, *Gesch. der d. Staatsverfassung*, 1879, p. 147, combattuti da WAITZ, *D. Verfassungsgesch.* 1. Vedine in generale il capitolo *Recht und Gericht*, p. 418-453 e specialmente 419, n. 1°, 422, 432-33. Anche BRUNNER *D. RG.*, p. 163, non ammette punto il *Fehderecht* dell'offensore. (Per ulteriori indicazioni bibliografiche cfr. lo stesso Brunner l. c. n. 35).

sull'illimitato diritto alla *faida*, e sull'assoluta mancanza di prove nel diritto germanico, e d'altra parte misconosce quel carattere morale della religione germanica, per cui essa fu paragonata alla religione persiana (1).

E qui calza un'osservazione che ci si presenterà spontanea parecchie e parecchie volte nel corso di questo capitolo. È veramente curioso il vedere come gli scrittori che più vantano l'onestà, la purezza dei costumi, la sincerità, il senso morale degli antichi germani, ce li rappresentino poi in pratica tanto diversi, e tanto immorali nelle loro concezioni religiose e giuridiche. Ciò sia detto anche per Montesquieu, Dahn, Pfalz, ecc.

Del resto, ritornando all'argomento, l'ordalia doveva certo essere usata molto frequentemente nei tribunali domestici (2); in questo caso si può forse considerarla come un sostitutivo della *Fehdegenossenschaft*? Supponiamo ad es. che il marito sospetti la moglie d'adulterio, come nel caso citato dell'Edda; a che serviva l'ordalia, se l'averla sostenuta felicemente non convinceva il marito dell'ingiustizia dei suoi sospetti, e, viceversa, il cattivo esito della prova non li dimostrava fondati?

Quanto ai congiuratori, a partire da Rogge, un numero considerevole di scrittori li ha identificati coi *Fehdegenossen*, come lo fa l'Hildenbrand (3); altri, fra cui Sohm, hanno combattuto quest'idea e non senza ragione, almeno a quanto parmi. Io credo che i congiuratori fossero originariamente i membri del gruppo cui apparteneva l'accusato, e che erano con lui collettivamente responsabili. Tanto è ciò vero che nella *Lex Burgundionum* troviamo annoverate fra essi la moglie e la madre dell'accu-

(1) TIELE, op. cit., p. 202-203.

(2) Cfr. lo stesso HILDENBRAND, o. c., pag. 33.

(3) ROGGE, p. 144. KÖNIGSWARTER, l. c., 1849, 3, 354. SIEGEL, pag. 176. Contra SOHM, pag. 578. Vedi pure SCHULTE, *Lehrbuch*, p. 412 e seg. WAITZ, D. VG., I, p. 443, seq. e n. 7; e GRIMM (R. A., p. 856 seq.), secondo il quale i *conjuratores* erano parenti o conoscenti che prestavano un *iuramentum credulitatis* per colui col quale avrebbero contribuito a pagare il guidrigildo e che avrebbero difeso in una *faida*.

sato (1). Certo le stesse persone, che servivano come congiuratori, dovevano spesso in altri casi far parte dei *congiunti per la faida*, ma non per questo si deve concludere, come lo fa l'Hildenbrand, che l'istituzione dei congiuratori sia una trasformazione della *Fehdegenossenschaft*, la quale del resto non scomparire punto col cristianesimo.

Concludendo, non possiamo ammettere che il concetto di giudizio di Dio, come mezzo di prova, sia sorto fra i Germani solo dopo la conversione al cristianesimo. Resta l'opinione contraria, secondo la quale col cristianesimo si sarebbero mutate ed accresciute le forme d'ordalia, pur rimanendo immutato il concetto dell'istituzione. Quest'opinione non si può respingere intieramente, se non ammettendo l'origine pagana della prova della croce e dell'eucaristia, usata talora come giudizio di Dio, ciò che sarebbe intieramente arbitrario: all'infuori di questi due casi essa non mi pare invece sostenibile. Qui però meglio che criticare l'opinione in astratto, gioverà esaminare partitamente la questione descrivendo le singole forme di ordalia. Nel medesimo tempo vedremo anche se convenga annoverare fra di esse certe prove, quali ad esempio la sorte, il *judicium feretri*, il giuramento, l'eucaristia, ed il duello stesso, sulla cui natura disputano ancora gli eruditi.

Duello. — Il duello, come compare nelle *leges barbarorum*, cioè come mezzo di prova e vero giudizio di Dio (2), è la lotta di una o più coppie di combattenti, preceduta da invocazioni alla divinità, e nel cui esito si riconosce il giudizio o la testimonianza divina. Troviamo ad indicarlo le parole *pugna*, *campus*, *wehadinc* (*Wigan*=*Kämpfen*), *chamfwic*, *monomachia*, *singulare certamen*, *duellum* (e talora anche *bellum*), ecc. Si combatteva in diverse maniere, a cavallo o a piedi, colla spada,

(1) tit. viii, « cum uxore et filiis et propinquis sibi duodecim iuret. Quod si » nec patrem nec matrem habuerit, cum duodecim proximis impleat sacramentum ».

(2) Cfr. anche BRUNNER D. RG., p. 183.

o col bastone (1): invece delle parti erano in certi casi ammessi *campioni* (2), talora parenti, talora gente prezzolata, cui si ricorreva quando le parti per età, sesso, malattia, o impotenza non potessero combattere esse stesse. In seguito l'usar campioni fu anche privilegio di alcune classi di persone, ad esempio del clero, o dei nobili, specialmente quando l'avversario fosse di condizione inferiore: infine fu anche uso generale.

Il servo di regola generale non può purgarsi col duello (3), più tardi lo può solo il *miles*, mentre il *rusticus* ricorre alle ordalie. Del resto sulle condizioni richieste, perchè si possa o si debba ricorrere al duello, vi sono grandi diversità nei vari diritti, e non abbiamo per ora ad occuparcene.

Dell'origine pagana del duello non v'è dubbio fra gli autori moderni, i quali hanno abbandonato con ragione le leggende

(1) *Auctor vitæ Ludov. Pii ad a. 820.... secundum legem propriam, ut pote qui uterque Gothus erat, equestri prælio congressus est et victus.*

SIEGEL, p. 203, crede che originariamente si combattesse colla spada: così prescrive ad es. la legge alamanna 44 (*cum tracta spata se idoneare*), e la ripuaria 57 (*cum gladio suo hoc studeat defensare*) e 32 (*cum armis suis*). In seguito è prescritto ordinariamente il duello coi bastoni, che SOHM, p. 500, combattuto da BRUNNER, *Entstg. der Schwurger.* pag. 68, n. 3, considera a torto come sostitutivo del vero duello. Si fa però eccezione per l'accusa di felonìa (*Cap. Olonn. mand.*, 825, 12). Ad ogni modo non era però mai necessario, che il duello finisse colla morte di uno degli avversari, anzi, secondo la *Komak's Saga*, citata da Siegel, perderebbe colui, il cui sangue bagna prima la terra. Altrimenti si praticò in seguito: cfr. *Chron. CORNELII ZUTPLIET* (in MARTENE et DURAND, *Veterum scriptorum Coll.* Tom. v, p. 293), a. 1369, «rektor oppidi » (apud Frankfordiam) exclamavit non esse de lege duelli ut ambo abscederent » illæsi,iuravitque Deum quod numquam comederet nisi unus ex illis moreretur ».

(2) Si ha anche notizia di duelli con animali, specialmente con cani. V. un esempio in PFEFFER *Formalitäten* p. 21 da un antico poema cavalleresco, *Macaire* (ed. F. Guessard 1866. Cfr. anche la prefazione dell'Editore). Cfr. pure DE LAURIER, *Gloss. du D. français* (nouv. éd. 1882), p. 258 (*Gagement de la bataille*); PERTILE, O. c., vi, 357. È celebre a questo proposito il duello che si dice ordinato da Carlo V re di Francia.

(3) Talora però, fin dai tempi più remoti, esso combatteva come campione. Vedine un esempio in PAOLO DIAC., *Hist. Langob.*, iv, 47 (M. G. H. SS. rer. langob., (1878), p. 136) nell'accusa d'adulterio contro la regina Gundiperga.

che sulla sua pretesa istituzione si erano venute formando fra gli antichi (1).

Si può dire invece predominante l'opinione, che credo risalga essenzialmente a Rogge, e che distingue il concetto originario del duello, da quello d'ordalia. Fra gli autori, che propugnano questa distinzione, non v'è però accordo completo.

Rogge insiste assai nel riavvicinare il duello alla *faida*: per lui esso non è un mezzo di prova, ma ha natura d'oracolo, inquantochè si combatte per sapere quale parte sarebbe vittoriosa nel caso di una *faida*. D'altra parte nessun testo, afferma egli erroneamente, pone il duello fra le ordalie, o lo parifica ad esse (2).

Pur riconoscendo erronea quest'ultima affermazione, ed ammettendo invece che il duello sia stato annoverato dagli antichi fra le ordalie, Grimm, Wilda, Phillips, Königwarter, Dahn, Siegel, Del Giudice, Pfalz (3), ed altri, si accordano essenzial-

(1) SAXO GRAMMATICUS (libr. v, ed. MÜLLER, 1839, I, 230), attribuiva l'invenzione del duello a Frotho III, re leggendario verso il principio dell'era cristiana (... *de qualibet controversia ferro decerni sanxit, speciosius viribus quam verbis configendum existimans*): Agobardo, arcivescovo di Lione, a Gundobado re dei Burgundi. Quest'ultima opinione suffragata da un'erronea interpretazione della legge Burgundia, tit. 45, trovò seguaci in Montesquieu (*Ésprit*, xxviii, 12) ed altri, ma l'errore fu presto riconosciuto. Fino alla fine del secolo scorso era opinione predominante in Germania, che il duello vi fosse penetrato dietro l'esempio dei popoli nordici, specialmente dei Cimbri (MAIER, op. cit., 146); alcuni credevano anche che primi ad usarlo nelle controversie fossero stati i *comites*, che seguivano i capi, e, probabilmente, dopo l'invasione delle provincie romane, quando cioè la vita d'avventure e guerre continue ne aveva inferocito il carattere. Così HEGEWISCH, *Uebers. der deut. Kulturgesch.*, p. 103, e, dopo lui, MAIER, op. cit., p. 147.

Si noti però che in alcune leggende è riconosciuta l'origine pagana. Così, nella *Ijosretninga Saga*, c. 30, Gellir Cristiano dice: Non mi piace che i duelli ritornino in uso: è un costume da pagano. (MAURER, *Beitr. zur Rechtsgesch. des germ. Nordens*, I, 203).

(2) ROGGE, *Gerichtssesen*, p. 196, 204, etc.

(3) GRIMM R. A., p. 923; WILDA, l. c., p. 478, 460, ecc.; PHILLIPS, *Engl. R. u. Rechtsg.*, II, 282; KÖNIGWARTER, *Rev. de legisl.*, 1850, I, 32; DAHN, *Gottesurtheile*, p. 52 e passim: *Deutsche gesch.* I' B., p. 245 e seg. SIEDEL, p. 203. DEL GIUDICE, *La vendetta nel D. Longobardo in Studi*, p. 291. PALZ, p. 12. 19 e passim. GAUFF, *das alte Gesetz der Thüringer*, 409. GENOLES, *Germ. Rechtsdenkmäler*, 1875. *Glossar*, v.° pugna.

mente nel sostenere che il duello non è originariamente se non una *faida* regolata, e ristretta ad un piccolo numero di persone. Questo concetto è combattuto da Unger, con ragioni per altro non perentorie (1).

Quanto agli altri autori citati, essi sono poi ben lungi dall'essere d'accordo per ogni punto. Mentre Wilda, Pfalz, Siegel, Del Giudice affermano che il duello divenne vero giudizio di Dio (2), Grimm, per non ritornare sul Königswarter, crede che i combattenti *si affidassero alla propria forza, e alla loro solita abilità nell'usare le armi e che la faida di molti fosse ristretta ai principali nemici*; e poichè egli aggiunge immediatamente dopo sulla fede del noto passo di Tacito: « *Deum adessee bellantibus credunt* (3) », che *la divinità presiedeva come giudice supremo alla guerra dei popoli, del pari che alla lotta di due individui*, finisce col contraddirsi, e col farci dubitare seriamente che egli considerasse il duello non come semplice prova del fatto, ma piuttosto come procedimento estragiudiziale, in cui il giudizio divino si compia arcanamente, come nelle guerre, senza che all'uomo sia lecito apprezzarlo, od indagarne i motivi.

Quest'ultimo concetto è poi esposto chiaramente da Dahn ne' suoi studi sulle ordalie, ed esagerato ancora nella sua storia (4). Fedele alla sua distinzione fra il *Fehdegang* ed il *Rechts-*

(1) *Zweikampf*, p. 6-11.

(2) Ciò avvenne, secondo Wilda, fin dai tempi pagani; secondo Pfalz, specialmente per effetto del cristianesimo. Siegel, p. 205, combatte l'opinione di coloro che credono diverso il concetto del duello da quello delle altre ordalie.

(3) Su questo passo v. anche Dahn, *Gottesurth.*, pag. 3.

Quanto al passo spesso citato di Velleio Patercolo, in cui si narra come i Germani, per ingannare Varo, lo ringraziassero, fra le altre cose, anche perchè *solita armis discerni iure terminarentur* (*Hist. rom.*, II, 118), si noti che queste parole meglio si riferiscono alle guerre private, che al duello, specialmente quando si reputi quest'ultimo mezzo di prova e quindi atto giuridico. Cfr. WALTZ, *Verfassungsgesch.* I, 434, n. 3. PFETTER, *die Formilitatem etc.*, I, c., p. 5. Di Königswarter dissi sopra pag. 15-16.

(4) Negli studi, p. 53, Dahn affermava esplicitamente che *posteriormente ed in specie per influenza delle idee cristiane* « tritt der Gedanke an die Allmacht, Allgegenwärtigkeit und Allgerechtigkeit Gottes auch bei dem Kampf

gàng, fra la difesa privata, e la difesa giudiziaria del diritto, Dahn considera l'ordalia come mezzo di prova, il duello come atto di difesa privata appartenente quindi al *Fehdegang*.

Lo stesso concetto venne espresso felicemente dall'Amira (1), che chiamò il duello *un sostitutivo del processo* (*Processurrogat*) (2).

Quando poi il duello è parte evidente del processo, come ad esempio, quando avviene fra i testimoni, o fra i congiuratori delle due parti, il Dahn, anzichè ricredersi, preferisce affermare che vi è una *combinazione* fra faida e difesa giuridica (*eine Kombination von Fehdegang und Rechtsgang*), che un atto di faida è come intercalato nel processo.

Il Dahn cerca in seguito di distinguere il duello dalla vera ordalia anche per altre ragioni. Mentre negli *Studi* (3) aveva combattute le definizioni di Maier e Beckmann, secondo le quali, nell'ordalia si richiedeva un miracolo (4), ed aveva addotti come esempi contrari le *ordalie della sorte, del duello e della croce*, nella *Storia* pare segua un concetto molto più ristretto ancora di quello prima combattuto, e richieda a costituire la vera ordalia l'intervento di un miracolo a favore dell'accusato innocente. Vedremo in seguito a quali strane conseguenze lo conduca questo principio da lui rigorosamente applicato, e che del resto era già stato enunziato, con qualche limitazione, da Waitz (5). Dando un senso ristretto alla parola *ordalia*, ed anche

» so sehr in den Vordergrund, dass man um desswillen den Kampf mit Recht » zu den Ordalen stellt ». Nella *Storia* egli si accontenta di concedere che più tardi il duello sia stato *considerato* come ordalia (I, p. 250).

(1) *Nordgerm. Obligationenrecht*, 1882, pag. 95.

(2) Cfr. quanto dissi già a proposito di Vico (sopra pag. 16 e seg.).

(3) *Gottesurth.*, p. 6-7.

(4) MAIER, op. cit., p. 13. BECKMANN, *De judicio Dei*, 1669, p. 2 (cit. da Dahn p. 6) « ...iudiciaria disquisitio, quibus (!) postuletur, aut expectetur a Deo miraculum ».

(5) *Deutsche Verfassungsgesch.* I, 447. Il Waitz dice solo che probabilmente in origine era richiesto un miracolo a favore dell'accusato innocente. Del resto anch'egli crede che il concetto del duello sia diverso da quello d'ordalia; così pure MAURER (*Gottesurth. im altnord. Recht in Germania*, XIX, (n. serie VII),

al *miracolo*, il Dahn comincia per escludere il duello dai giudizi di Dio (*Gottesgerichte*), benchè ammetta che forse non mancava intieramente la speranza dell'aiuto divino, come non manca nelle guerre (1). Come altre differenze fra il duello e le ordalie egli aggiunge che quelle persone che *combattono* non usano l'*ordalia*, che il duello è bilaterale, ed in esso si cerca con ogni cura di eguagliare la posizione dei due combattenti, mentre nelle ordalie l'accusatore non incorre assolutamente alcun pericolo, che infine lo stesso uso di campioni è incompatibile col giudizio di Dio. Le stesse ragioni (salvo l'ultima) sono in fondo fatte valere anche da Unger (2), che fa del duello un'istituzione diversa tanto dalla faida, quanto dall'*ordalia*: solo quest'ultimo aggiunge che mentre il duello si usa in ogni specie di contesa giuridica, l'*ordalia* serve solo per purgare l'accusato di qualche delitto.

Tutte queste pretese differenze sono in gran parte insussistenti, ed in quanto sussistono non bastano a dimostrare una diversità nel concetto fondamentale.

Difficilmente si può credere che vi fosse una classe di persone, le quali non dovessero ricorrere mai alle ordalie, ma che si difendessero invece col duello: basti ricordare da una parte i duelli di donne (3), e dell'altra come presso i franchi anche

1874, p. 145), ma questi due autori non svolgono la loro affermazione. Inoltre il Waitz ammette che *nei tempi cristiani*, il duello fosse considerato come giudizio di Dio.

(1) Nei *Gottesurth.*, p. 53, DAHN, come del resto anche PFALZ (p. 12, 19), si accosta alla teoria di Montesquieu, per cui presso i Germani la virtù principale sarebbe stata la forza, e da essa dipenderebbe il diritto. Cfr. su ciò quanto si disse sopra pag. 19 e 170.

(2) *Zweikampf*, p. 11-14.

(3) Sui duelli di donne cfr. sopra pag. 60, 154 n. 1 e 159-160 WALTER, *D. Rechtsgesch.*, II, 335; THOMASUS, *Dissert. Acad. de const. crim. Carolina*, III, p. 452, § 19, n. r. (riportata in SANDIFORT, p. 24, n. 13); PFALZ, p. 9; GERHARDI, cap. III, § 6 e *Mantissa in culce*; MAIER, p. 275-274; OSENBRUGGEN, *Das criminalrecht und der Zeitgeist*, 1855, p. 12: *Curiositäten der Vor- und Mitwelt*, I, (1812), p. 396, con 9 disegni tolti dal noto libro di Talhofer. Uno di questi era già stato riprodotto da Gerhard, e si trova fra i fac-simili dati da Schlichtegroll (tav. v). Un'antica dissertazione di RIEMER, *Duella mulierum*, 1680, è letteralmente senza valore di sorta.

gli antrustioni vengano sottoposti alla prova della caldaia fin dai tempi della redazione più antica della legge salica (1); ma anche ammettendo quest'uso diverso del duello e delle ordalie, quale conseguenza possiamo trarne? Nessuna; anche nel diritto indiano, per citare un esempio, vi sono ordalie specialmente destinate alle varie caste, o alle donne, o ai deboli, anche nel diritto nordico la prova del ferro infuocato è specialmente destinata agli uomini, quella della caldaia alle donne, ma nessuno certo vorrà perciò sostenere che vi siano istituzioni fondamentalmente diverse le une dalle altre. Il duello è bilaterale, ma vi sono anche altre prove bilaterali: tutte le prove sono anzi suscettibili di esserlo, come abbiamo già avuto occasione di vedere.

Nello stesso diritto germanico troviamo la prova della croce sempre bilaterale, come lo è pure probabilmente la prova della caldaia nella legge frisica. Di più nel citato canto dell'Edda, non appena l'accusata ha dimostrata la propria innocenza colla prova ora ricordata, l'accusatrice è costretta a sottoporvisi essa pure alla sua volta, ed è convinta di calunnia e punita colla stessa pena, da cui era minacciata l'accusata. Del resto, sia la prova unilaterale o bilaterale, il concetto non cambia, come non cambierebbe quand'anche si potesse ammettere l'osservazione, del resto falsa, dell'Unger che le ordalie siano usate solo per purgare l'accusato d'un delitto, mentre il duello serve in ogni caso.

È poi ridicolo il dire che in quest'ultimo non si aspetti un miracolo. Quando il debole vince il forte, non per caso, ma perchè la divinità lo assiste, e fa trionfare la causa del giusto, accrescendone le forze, od indebolendo l'avversario, miracolo c'è tanto quanto in ogni altra ordalia.

L'uso dei campioni, lungi dall'essere incompatibile col giudizio di Dio, se mai fa prova di qualche cosa, la fa contro il

(1) Nessuno certo vorrà concedere all'Unger (p. 13) che gli antrustioni fossero considerati come servi e schiavi del re, (Cfr. invece TAMASSIA, *Affratellam.*, p. 10, n. 3°), nè a Dahn, che la caldaia fosse nel diritto franco espressamente sostituita al duello, del che diremo in seguito.

Dahn. Infatti, se si capisce che nel *Fehdegang* l'uomo libero difenda egli stesso colle armi il proprio diritto, si capisce invece meno, senza ricorrere al concetto di giudizio di Dio, come egli e l'avversario di comune accordo ne rimettano la difesa a due individui spesso prezzolati e d'infima condizione. Del resto l'uso dei campioni anche nelle altre ordalie non è raro neppure fra i Germani (1).

Che il duello non fosse giudizio di Dio (2) noi possiamo ammetterlo per i tempi antichissimi. Si capisce infatti come due capi di famiglia indipendenti l'uno dall'altro, potessero talora deliberare di comune accordo, quando altra via non fosse possibile, di finire le proprie controversie con un duello, anzichè incominciare una guerra privata il cui esito poteva essere incertissimo: ciascuna delle due parti avrà allora confidato per quella confusione di sentimenti e di idee, di cui possiamo ancora trovare tanti esempi anche fra i popoli civili, e nella forza del suo campione, e nella protezione delle divinità famigliari, mosse dalle preghiere e forse anche dalla giustizia della causa.

(1) Così ad esempio un servo sostenne l'ordalia dell'acqua bollente nel caso di Thietberga, di cui diremo; e spesso i servi dei monasteri sostenevano essi le ordalie per l'abate. Cfr. anche HINCMARO, *Ep.* 37, op. II, 649,.... *et si vultis aut quæritis quantoscumque servos meos decernitis inde in iudicium mitto*. I campioni si usavano specialmente nella prova dell'acqua fredda. Cfr. in seguito pag. 192.

(2) Dahn fu condotto ad affermarlo specialmente dallo studio delle saghe nordiche. (Cfr. *Gottesurth.*, pag. 54 nota); egli del resto non cita che la leggenda di Hrut e Mörd (*Njals saga*, cap. VIII) sulla fede di Maurer: e questa non è punto contraria alla teoria da me propugnata. Mörd domanda a Hrut suo genero la dote della figlia separata dal marito; questi risponde proponendo un duello. « Allora tacque Mörd, e si consigliò co' suoi amici sul duello: ma Iörun-dus Pontefice rispose: tu non hai bisogno di consiglio su ciò, poichè sai bene che combattendo con Hrut perderesti averi e vita: *optima eius causa est*, egli è uomo robusto e valorosissimo ». Allora Mörd dichiarò subito formalmente che egli non voleva combattere con Hrut e perdette la causa. (NS. *Havnia*, 1809, p. 26 seq.). Dalla narrazione si può solo desumere, che si confidava nella bontà della causa ed anche nella valentia dei campioni.

Percorrendo l'*Edda*, trovo parecchi accenni al duello, ma non al duello giudiziario. Fa eccezione il canto di Gudrun di cui dirò nel testo.

Prevalendo però quest'ultimo, sentimento, avremo un procedimento che può già chiamarsi giudizio di Dio, e benchè non sia ancora un mezzo di prova giudiziaria, può facilmente divenirlo ed essere introdotto nei tribunali pubblici: ora mi pare assai verosimile che presso i Germani, probabilmente molto tempo prima della conversione al cristianesimo, fosse già predominante il concetto che l'esito d'un duello, preceduto da invocazioni solenni della divinità, sotto forma di giuramento od altrimenti, dovesse corrispondere alla giustizia della causa.

Dato l'intimo nesso fra ordalia ed oracolo, ne abbiamo una prima prova, e a mio avviso di non piccola importanza, nella notizia dataci da Tacito sull'uso germanico di far combattere un prigioniero nemico con un guerriero della tribù per conoscere quale sarà l'esito di una battaglia imminente (1). Qui evidentemente la divinità dà il proprio responso nell'esito del duello; perchè analogamente non risponderà quando la domanda sia di altra natura e si riferisca al passato, invece che al futuro? Non v'è ragione in contrario, ed i popoli barbari, appunto per la scarsità delle loro idee, sono spesso molto più logici nello svolgerle, che non i popoli civili.

Troviamo inoltre che nel canto già citato dell'*Edda*, Gudrun si lagna di essere costretta a purgarsi essa stessa colla caldaia per l'assenza del fratello; se questi fosse presente combatterebbe per lei; evidentemente per dimostrare che la sorella non è un'adultera, non per impedire che si conosca la verità, mentre vi è un mezzo sicuro di farlo, cioè l'ordalia.

A questo punto non possiamo però dissimulare alcune obiezioni che potrebbero esserci mosse da coloro, i quali credono che il duello sia divenuto giudizio di Dio solo col cristianesimo (2).

(1) Tac., *de morib. Germ.* c. x. Il duello è anche usato di comune accordo per evitare una battaglia: ne danno esempi PAOLO DIACONO, *Hist. Langob.*, I, 12, (ed. cit., p. 53) I, 15 (p. 55); GREG. DI TOURS (*Hist. francor.*, II, 2); M. G. H. *SS. rer. Meroving.* I, (1884) p. 60-61. In quest'ultimo caso si tratta di un Vandalo e di un Alemanno, e la narrazione si riferisce all'epoca pagana.

(2) Così sostiene ultimamente DECLAREUIL, o. c. in *Nouv. R. Hist.*, XIII, p. 180,

Saxo Grammaticus parlando dell'introduzione del duello da lui attribuita a Frotho III, dice che questi stimò « *speciosius viribus quam verbis conflagendum* » e narrando poi della sua abolizione, che sarebbe avvenuta subito dopo la conversione al cristianesimo, e sostituendo ad esso le ordalie, scrive: « Dani » *controversiarum examen rectius ad arbitrium divinum quam ad humanam rixam ablegandum putantes...* » (1).

Da ciò parrebbe doversi dedurre che il duello non fosse punto considerato come giudizio di Dio: quest'obiezione però perde ogni importanza ricordando che Saxo è autore molto posteriore († 1204) e che essendo favolosi i due fatti narrati, non si può prestar fede agli apprezzamenti del narratore.

Passando poi all'epoca cristiana, un'obiezione, in apparenza almeno, molto più grave, potrebbe desumersi da due note lettere di Cassiodoro (2), scritte in nome di Teodorico ed in cui questi esortando i Germani ad abbandonare l'uso dei duelli, li considera esclusivamente come atti di violenza privata non come pretesi giudizi di Dio.

Veramente Bethmann-Hollweg (3) ritenne che segnatamente in una di queste lettere (III, 24) si combattesse la vendetta del sangue e la difesa privata del diritto, ma in essa appunto si parla esplicitamente di *monomachia*:

« cur ad monomachiam recurritis, qui venalem iudicem non » *habetis?quid opus est homini lingua, si causa manus agat » armata?* »

E quest'ultima ragione che meglio si riferisce al duello che alla faida è ricordata anche nell'altra lettera (III, 13): *verbis potius non armis causa tractetur*.

Non bisogna però dimenticare che le lettere in questione sono opera di Cassiodoro, cui il considerare il duello come giudizio di Dio doveva parere cosa tanto strana, da non dovervisi neppure

(1) Cfr. sopra pag. 173, n. 1. Sull'ultimo passo richiamò già l'attenzione KOLDERUP-ROSENVINGE, *Grundr. der dän. Rechtsgesch. (übers.)*, 1825, p. 37.

(2) III, 23, 24, CASSIADORI, *Opera Omnia*. Venet. 1729, I, 45.

(3) *Cpr.* IV, 287, n. 20.

fermare, e che inoltre la questione è trattata solo di passaggio, per modo che gli unici argomenti sono quelli sopra citati.

D'altra parte anteriormente a queste lettere troviamo nel famoso titolo 45 della legge burgundia, risalente all'anno 502, che Gundebaldo, prescrivendo il duello fra uno dei congiuratori, e l'attore che ne impugnò il giuramento, dice *iustum esse ut, si quis veritatem rei incunctanter scire se dixerit et obtulerit sacramentum, pugnare non dubilet*. Ciò è giusto, perchè chi ha asserito la verità necessariamente deve essere vincitore nel duello: se mancasse questa credenza, l'argomento del re sarebbe semplicemente ridicolo. Del resto questi indica il duello colle parole: *Deo iudicante configat*: nessun dubbio quindi che nel suo concetto il duello non fosse un giudizio di Dio.

Più esplicitamente ancora, se è possibile, la legge bavara prescrive:

« Si autem unus fuerit testis, et ille alter negaverit, tunc
» *Dei accipiant iudicium.exeant in campo, et cui Deus de-*
» *derit victoriam, illi credite* (1) ».

ed altrove:

« Sponde mihi pugnam duorum et manifestet Deus, si mendacium an veritatem iurasti contra me.

» Tunc spondeant pugnam duorum, et ad Dei pertineat iudicium ».

Nella legge Alemanna leggiamo:

« Quando parati sunt ad pugnam.... testificent Deum creatorem, ut cui sit iustitia, illi donet Deus victoriam (2) ».

Potremmo aumentare gli esempi fuor di misura ricorrendo alle leggi posteriori, ed ai documenti, ma quelli addotti potranno bastare: poichè nella citata legge burgundia si contiene il primo accenno al duello che si trovi nelle *leges barbarorum*, possiamo conchiudere che esso ci si presenta subito con carattere spiccato di giudizio di Dio, e tale si conserva per forse sette od otto secoli, nonostante i dubbi sollevatisi perfino fra i legislatori.

(1) *Text. leg. prius*, II, 1. (PERTZ M. G. H. LL. III).

(2) Tit. 81 (testo A) ed. LERMANN. M. G. H. LL. *nationum Germ.* V, 1 (1888).

Nel XIII e XIV secolo trovo invece che alcuni giureconsulti italiani, come Andrea da Isernia, Alvarotus ed altri, annoverando il duello fra le *purgationes vulgares*, lo chiamano *humanum iudicium* in diretta opposizione colle altre ordalie indicate sotto il nome collettivo di *iudicium divinum*, ed infatti non si può dire che giudizio di Dio fosse il duello, quale esso è conservato ad esempio da Federico II (1).

Non sarebbe invero difficile opporre altre testimonianze, nominativamente quelle di giureconsulti pure italiani, che considerano il duello come giudizio di Dio in pieno secolo XV od anche XVI: ad ogni modo non va dimenticato che il duello venne combattuto dalla chiesa più presto di tutte le altre ordalie, e con maggior vigore, per cui non è a stupire se presto scomparì o almeno s'indebolì assai la fiducia nell'intervento divino. D'altra parte il duello era spesso un privilegio, ed avveniva specialmente fra i signori feudali quasi indipendenti gli uni dagli altri, e quindi senza che vi fossero costretti. Da tutto ciò si capisce come in esso si sia in qualche modo compiuto un ricorso, per cui, ritornando alle sue origini, si riaccostò di nuovo alla difesa privata del diritto.

Coll'esclusione completa dai tribunali e venendo meno intieramente la fede nell'intervento divino, il duello compì infine l'ultimo stadio della sua evoluzione e divenne duello cavalleresco, istituzione che appartiene alla triste eredità del passato, e che solo la consuetudine può non giustificare, ma spiegare.

Di ciò però non abbiamo a parlare (2).

(1) ANDREAS DE ISERNIA, *Super usibus feudorum*. (1571, f. 168. *De pace ten. Si miles* n. 22-23). *Humanum iudicium est pugna... Divinum iudicium est ferri candentis*. ALVAROTUS, *super feudis* (1545, f. xlii, n. 1 *De pace ten. si miles*). ...*alia est purgatio vulgaris, alia canonica: vulgaris est illa quam sibi vulgus invenit et fit duobus modis, videlicet aut divino iudicio aut humano: divinum iudicium fiebat plurimis modis... fiebat quoque ista talis purgatio vulgaris per humanum iudicium, videlicet per pugnam et duellum...* CONST. REONI SICULI, II, 33 (CANCIANI, I, 350) (*Monomachiam...*) *quæ non tam vera probatio quam divinatio dici potest, quæ naturæ non consonans, a iure communi deviat, æquitatis rationibus non consentit*.

(2) Quanto alle formalità che si seguivano nei duelli, di alcune ci converrà dire brevemente nel capit. IX. Per una descrizione dettagliata si può ricorrere

Sorte. — L'origine pagana della sorte è certa, e si può dire sia stata sempre riconosciuta; questa prova è infatti l'unica che, a quanto pare, non sia mai stata usata nei tribunali sinodali, chè anzi essa fu combattuta dalla chiesa come costume pagano, probabilmente per i riti che la accompagnavano o, meglio, perchè oltre ad essere ordalia, serviva anche come auspicio (1).

L'uso delle sorti come auspicio venne descritto con precisione da Tacito (2), come comune fra i Germani:

« Sortium consuetudo simplex: virgam frugiferæ arboris decisam, in surculos amputant, eosque, notis quibusdam discretos super candidam vestem temere ac fortuito spargunt: mox si publice consulatur, sacerdos civitatis, sin privatim ipse paterfamilias precatus Deos, cœlumque suspiciens, ter singulos

all'articolo citato di Pfeffer, *Die Formalitäten ecc.*, che spogliò con somma diligenza i romanzi cavallereschi francesi; a Maier p. 227-269, alle opere di Bethmann-Hollweg (v, 379), Siegel, Glasson ecc. agli antichi trattati sul duello ecc. Vedi anche SCHLICHTEGROLL, *Talhofer*, e la dissertazione di Dreyer ivi ristampata (p. 25 seq.) dove si trova un estratto del *Kamprecht* di *Talhofer* (p. 33-86).

(1) BRUNNER D. R. G., p. 176-77. *Transl. St. Alex.* (Pertz M. G. H. II, 675) ed altre opere citate in DAHN, p. 40. Cfr. per altro sopra pag. 153, n. 5. Fra gli *ordines iudiciorum Dei* non troviamo mai descritta la sorte, salvo in un codice del secolo IX (in ZUMMER, *Ordines B. I.*, 4): « Quidam fideles pro vilibus causis iudicii faciunt examen in mensuris. Ad hoc etiam rite peragendum devota intentione opus habent divinum invocare præsidium.... ». Alla prova è dato questo nome insolito di *examen in mensuris*, perchè secondo la misura delle pagliuzze si giudicava la questione. Come si vede, non sono più le sorti descritte da Tacito e dalla legge frisia, ma la prova volgare delle pagliuzze, anche oggi usate. Nell'invocazione è ricordato come Giosué scoprisse colle sorti il ladro presso Gerico (Jos. VII, 14) e Dio abbia ordinato *omnem creaturam in mensura spiritali et pondere divino*, ciò che ci dà il valore simbolico della prova.

L'uso delle sorti, come è prescritto nella legge frisia, si trova ancora ordinato nel 1450 dal tribunale di Fehmar, per scoprire fra sei ladri notturni chi si fosse inoltre reso colpevole di stupro. (DREYER, *Abhandlungen*, 1754, P. II, pag. 875, cit. in KÖNIGSWARTER). Ciò dimostra che non è assolutamente esatta l'osservazione di Wilda, secondo il quale non si avrebbero esempi storici dell'uso della sorte, e questa non sarebbe più ricordata dopo la legge frisia.

(2) Tac. *de morib. germ.*, c. 10. Questo passo, come pare quello sul duello è riportato quasi alla lettera nella citata *Transl. S. Alessandri*, scritta fra 1851-854.

» tollit: sublatos secundum impressam ante notam interpre-
» tantur ».

La legge frisia descrive minutamente l'ordalia della sorte al titolo XVI, *De homine in turba occiso*.

Quando alcuno venisse ucciso fra la folla, e non si conoscesse l'uccisore, chi aveva diritto alla composizione poteva designare sette persone, che dovevano purgarsi dal sospetto col giuramento *duodecima manu*. Si facevano allora due sorti con due pezzetti di legno, l'uno dei quali segnato con una croce (1), si involgevano nella lana, e si deponevano sull'altare. Quindi il sacerdote, od un bambino, prendevano una delle sorti. Se questa si trovava segnata colla croce, i giuramenti prestati erano veritieri, e gli accusati prosciolti. In caso contrario si facevano sette sorti segnate ciascuna col segno di uno degli accusati, e si estraevano successivamente tutte colle formalità indicate. Colui, la cui sorte era estratta l'ultima, pagava il guidrigildo.

Si consultava quindi due volte la divinità, prima per decidere in genere se i giuramenti erano veritieri, poi per scoprire il colpevole.

Considerando la sorte come ordalia, ci stacciamo da parecchi autori, fra cui Homeyer, Waitz e Dahn (2).

Per i due primi, la sorte sarebbe stata originariamente un oracolo, non un'ordalia, e sarebbe stata usata quando vi fosse dubbio sul diritto, non sul fatto.

Ciò non mi pare esatto, e proprio mi riesce incomprendibile come si citi in appoggio a tale teoria la legge Ribuarica (XXXI, 5) la quale stabilisce che lo straniero, ove non possa trovare congiuratori nella terra dei Ribuari, *ad ignem seu ad sortem se excusare studeat*.

(1) Perciò MAIER, p. 65-66, considera questa ordalia, come una specie di *judicium crucis*. Egli osserva che la croce era nei tempi pagani il segno di Odino, ma è facile capire anche prescindendo da ciò, che le *notæ* di cui parla Tacito possono essere state cambiate dopo l'introduzione del cristianesimo.

(2) WAITZ, op. cit., I, 445, n. 1^a, e da lui cit. HOMER, *ü. das germ. Loosen. Sitzungber. der Berl. Akad.* 1853. Dahn, *Deutsche Gesch.* I, pag. 247. Contra Göttesurth., p. 40 e passim.

Come si vede, tale citazione è tutt'altro che sfavorevole per noi, ed in questo caso ci basterebbe *sumere arma de domo rei*. Possiamo però aggiungere in nostro favore i decreti di Childeberto e Clotario (1) e la stessa legge frisia citata: per contro ci lascierebbe dubbiosi l'esempio tratto dalla *Vita St. Willehardi*, in cui Dahn pretese che la sorte fosse usata come ordalia dai pagani contro un cristiano (2). Del resto il trovare la sorte usata come oracolo, e come auspicio (3), sarebbe già per sè indizio di qualche valore, per farci ritenere che essa fosse usata anche come ordalia.

Quanto alla seconda parte, cioè all'affermazione che alla sorte si ricorra quando vi è dubbio sul diritto, non sul fatto, tutti gli esempi or ora addotti bastano a confutarla. È bensì vero che in epoca molto posteriore si trova indicata la sorte come mezzo di sciogliere le questioni di diritto (4), ma ciò probabilmente per influenza più che altro del diritto romano (5).

Venendo a Dahn, egli nei suoi studi sulle ordalie aveva ripetutamente annoverata la sorte fra i giudizi di Dio, ma mutò

(1) *Decr. Childeb. et Chlot. a. 593, 5. Decretio Chlot. II, a. 595, 6-7.*

(2) In PERTZ, SS. II. 381. (Cfr. DAHN, *Gottesurth.*, pag. 40, n.). S. Willehardo aveva predicato contro le divinità pagane (a. 789) per cui, gli idolatri irritati volevano metterlo a morte, ma per consiglio di alcuni di loro si ricorse alle sorti: *et secundum morem gentilium missa est sors super eum, vivere an mori debuisset. Gubernante igitur divina providentia, sors mortis super eum cadere non potuit.* Un caso analogo sarebbe accaduto a S. Willibrordo e ai suoi compagni (a. 695) parimenti fra i frisi: *per tres dies semper tribus vicibus sortes mittebat (rex) et numquam damnatorum sors, Deo vero defendente suos, super servum Dei cadere potuit* (salvo per uno solo martirizzato). ALOUINI, *Vita S. Willibrordi*, II, in *mon. Alcuiniana*, p. 48 (*Bibl. rer. germ.* ed. JAFFÉ, VI).

(3) I pagani usavano la sorte per conoscere se gli Dei aggradiavano le vittime destinate ai sacrifici. V. AMM. MARCELL., XXXI, 2. SUD. APOLLIN., *Epist.*, VIII, 6. Anche nella *Vita S. Wlframni Ep. Senonensis* in MABILLON *Acta Sanctorum Ord. S. Bened.*, t. III, p. I, p. 343 vediamo che presso i Frisi si estraeva a sorte una vittima per i sacrifici umani (a. 720).

(4) Così CHUCHALON in una nota a *Bonifacio de Vitalinis*: « Et intellige quod » dirimuntur sorte lites, quando est dubium in iure, non autem quando est » dubium in facto » (*Tract. de maleficiis*, Lugd., 1555, p. 873).

(5) Cfr. sopra pag. 32.

parere, almeno a quanto sembra, perchè nella sorte generalmente la posizione delle due parti è pari, e non è necessario il famoso miracolo in favore dell'accusato innocente. Perciò Dahn parifica la sorte al duello. Si potrebbe invece chiamarla ordalia, sempre secondo l'autore citato, se le probabilità in favore dell'accusato fossero scarsissime, come ad esempio quando *fra venti o cento* sorti non segnate, egli dovesse estrarne una segnata.

Tutto ciò però non è serio, Quando si ammette, come lo ammettevano tutti i popoli antichi, che la divinità ispiri chi estrae le sorti, e ne guidi la mano, siano queste due o cento non c'è differenza, e la divinità pronuncia egualmente la sua decisione mediante diretto intervento.

Prove del fuoco e dell'acqua. — Con questa denominazione generica, ma poco razionale, si designano comunemente le varie ordalie del fuoco e ferro infuocato, dell'acqua bollente, e dell'acqua fredda. Raggruppo ancor io queste forme diverse di giudizio di Dio, benchè la prova dell'acqua bollente si riannodi a quella del fuoco, e non abbia per contro alcun rapporto coll'ordalia dell'acqua fredda, solo per esporre e rispondere meglio alla congettura già ricordata del Wilda, che ne attribuisce al clero l'introduzione fra i germani. Prima però vediamo in breve in che consistano queste ordalie.

La prova del fuoco, propriamente detta, consisteva nel far passare tra due roghi l'accusato vestito, almeno in alcuni casi, di una camicia imbevuta di cera: talora si appiccava invece il fuoco a quella camicia.

Questa prova non è ricordata nelle *Leges barbarorum*, bensì in un'antica legge frisia (1); essa compare poi frequentemente nella storia e nella leggenda. Così Richardis, moglie di Carlo il Grosso, accusata d'adulterio con Luitward vescovo di Vercelli, si sarebbe purgata in tal modo dall'accusa secondo alcuni scrittori, secondo altri colla prova dell'acqua, o coi vomeri in-

(1) *Landr. 10 (Hunsing. e Emsig. Text.)* in RICHTER, *friesische Rechtsquellen*, p. 60 e PFALTZ, p. 4. n. 2. Anche negli *ordines* non si trova accenno alle prove del fuoco, ma solo a quelle del ferro infuocato e dell'acqua bollente.

fuocati (1). È notissimo il fatto di Pietro d'Albano che nell'anno 1078, davanti al Sinodo Romano, provò la simonia del vescovo di Firenze, attraversando un rogo, onde gli rimase poi il nome di Pietro Igneo, sotto cui è più generalmente conosciuto (2). Pochi anni dopo, nel 1099, Pietro Bartolomeo attraversò pure un rogo enorme per dimostrare l'autenticità della sacra lancia allora scoperta, ma quattordici giorni dopo morì, a quanto pare in seguito alle lesioni riportate fra la folla entusiasta, che gli si accalcava intorno dopo l'esito felice del pericoloso esperimento, o forse anche per le scottature, come sostenevano i suoi nemici (3).

Quanti scrissero su questo argomento fino a Pfalz parlano anche di una prova del fuoco prescritta dalla legge ribuaria (tit. 30, 2), e che doveva compiersi tenendo la mano sul fuoco, ma il codice più autorevole di quella legge da *igneum* non *ignem*; pare quindi si tratti della prova della caldaia (*ineum*, *aeneum* ecc.), usata come è noto anche dai Franchi Salii. D'altra parte tale specie d'ordalia del fuoco non è indicata, che io mi sappia, da nessun autore antico (4).

Ricordiamo ancora la prova che Gregorio di Tours (5) attribuisce a Briccio, diacono e poi successore di S. Martino (prin-

(1) Sta per la prova del rogo la *Elsassische Chronik* di JACOB v. KÖNIGSHOFEN riportata in MAIER, p. 34, per l'*aquinum iudicium* HERMANNUS CONTRACTUS ad a. 887, (in MAIER, p. 33, n. 14), per i vomeri REGINO ad a. 887 (PERTZ M. G. H. SS. I, 597). *Idque Richardis se approbare... aut singularem certamine, aut ignitorum vomerum examine fiducialiter affirmat.* Cfr. GRIMM R. A. p. 914.

(2) BERTOLDO in PERTZ M. G. H. SS., v, 306-309. BLANUS MELANESIUS nella vita di Giovanni Gualberti (cit. in una nota di QUERCETANO in *Bibl. Cluniacensis*, 1614, p. 159), ci lasciò descritta la prova. Il rogo era formato di due cataste lunghe 10 piedi, larghe 5, alte 4 e 1/2. «...inter utrasque vero strues semita interesse » longitudine brachii, prunis ardentibus constrata, per quam unus ex monachis » transiret ».

(3) WILKENS, *Kreuzzüge*, I, 261-63, cit. in PFALZ, p. 4, n. 4°.

(4) GREGORIO DI TOURS (*In glor. confessorum*, cap. xiv, ed. cit., p. 756) narra di un cattolico che, in una disputa con un ariano, gettò un anello nel fuoco e lo ritrasse poi arroventato, tenendolo per gran tempo sulla palma della mano: questa prova però si avvicina più che ad ogni altra all'ordalia del ferro infuocato.

(5) *Hist. franc.*, libro II, cap. I, ed. cit., p. 60.

cipio del v sec.), il quale, accusato di stupro, «*prunas ardentes*» in byrrum suum posuit, et ad se stringens, usque ad sepulchrum beati Martini, una cum populorum turbis accedit; pro-
» iectasque ante sepulchrum prunas, vestimentum inustum ap-
» paruit». Si tratta quasi certamente d'una leggenda, ma essa meritava d'essere ricordata, sia per l'epoca cui si riferisce, sia per l'autore che ce la tramanda.

Accanto alle ordalie del fuoco, ma molto più usate di esse, troviamo le prove del ferro infuocato (1), ancor esse di varie specie. Queste si riducono essenzialmente a tre, designate nei diritti nordici col nome generico di Jern-byrd (*járnburdr*) (2).

Lo skudsjarn, *iudicium ferri candentis, calidi, igniti, igneum iudicium ecc.*, consisteva nel portare per un tratto designato, un ferro rovente (3). Con tale prova sarebbe stata convinta di adulterio, ed in conseguenza arsa viva, Maria Augusta, moglie dell'imperatore Ottone III (4) (a. 988).

(1) Negli *Ordines iudic. Dei*, p. 672, si trova il facsimile d'un disegno del xii sec. rappresentante una prova del ferro infuocato. Il medesimo era già stato pubblicato in *Anzeiger für Kunde des d. M. A.*, serie I, vol. VIII in fine (1839).

(2) SUNESEN, *Leg. Scaniae*, VII, 15 (in *WESTPHALEN Monum. ined. rer. germanic. ecc.*, IV, 2068). TH. BRODERI BIRCHERODII, *Annotat. in Ælnothum*, cap. I, n. 50 (in *WESTPHALEN op. cit.*, IV, 1385). SANDIFORT, *Op. cit.*, pag. 39. WILDA, *Ordalien*, pag. 456. KOLDERUP-ROSENVINGE, o. c., p. 143. MAURER, in *Germania*, XIX, p. 140.

(3) Esempi nelle antiche poesie tedesche in GRIMM, *R. A.*, 916, negli statuti delle città tedesche in WILDA, 456, n. 24.

(4) J. M. BERN. LATOMI, *Genealogicon Megapolitanum* (in *WESTPHALEN op. cit.*, IV, 164). STRUVIO (*Rerum germ. script.*, I, 1033, in SANDIFORT 41) narra invece il fatto così: «*Otho III... cum esset apud Mutinam civitatem cum uxore sua* (a. 988), ipsa imperatrix cuidam comiti se prostituere voluit. Sed cum
» ille consentire nollet, Imperatrix indignata comitem illum apud Imperatorem
» adeo infamavit, ut eum non auditum decollari præciperet. Hic antequam de-
» collaretur, rogavit uxorem suam, ut iudicio ferri candentis post mortem eum
» comprobaret innocentem». La vedova si presenta infatti all'imperatore nel giorno in cui egli amministra solennemente la giustizia, e presentando la testa del marito, domanda: «*qua morte sit dignus, qui aliquem iniuste occidisset?*
» Respondente Rege: *capitis privatione, illa ait: Tu es ille vir, qui maritum*
» meum, ad suggestionem uxoris tuæ, iniusto occidi mandasti. Quod dum illa
» per candens ferrum probasset, Cæsar in manus fæminæ se tradidit puniendum».

Da questa forma d'ordalia poco differisce lo *thrugsjarn*, prova che non si trova, credo, fra i germani del Sud, e nella quale il ferro rovente doveva essere gettato in un vaso, appositamente disposto ad una data distanza.

Lo Skra (Skero) è il *iudicium vomerum ignitorum* della legge Anglo-Verina e dei capitolari; in esso l'accusato deve passare su sei, nove, o dodici vomeri infuocati. A questa prova si narra siano state sottoposte Cunigonda, moglie dell'imperatore Enrico II, ed Emma, madre di Edoardo il confessore, entrambe accusate d'adulterio (1).

Alle prove del fuoco e ferro infuocato si può riannodare, come già accennai, l'ordalia dell'acqua bollente, il *Ketiltak* del diritto islandese, il *iudicium cenei, aquæ ferventis, o bullientis, exammen caldarie, etc.* delle *leges barbarorum*, e degli scrittori medievali (2). L'accusato doveva immergere la mano o il braccio in una caldaia bollente, e talora estrarne uno o più oggetti.

In generale, si usava immergere nella caldaia una pietra legata con un cordone, per mezzo del quale si determinava la profondità a cui doveva discendere.

L'esame della mano e del braccio in questa prova, come in quelle del ferro infuocato, si faceva comunemente dopo tre giorni,

(1) Vedi su Cunigonda *Auct. vitæ Henrici ap. CANIS.*, VI, 387; *Magnum Chronicum Belgicum*, p. 96 (riportati in MAIER, p. 54) *Comp. chron. in Pistorius Script. rer. Germanic.*, I, 1091). Cfr. GRIMM, *R. A.*, 914. — Quanto ad Emma cfr. JOH. BROMTON *chronic.* in TWYSDEN, I, 942 (GRIMM, *R. A.*, I. c.): « Si » pro se ipsa quatuor passus et pro episcopo quinque continuos super novem » ignitos vomeres nudis pedibus et plenis vestigiis illæsa transiverit, ab impetitione ista vadat totaliter absoluta ». Questo passo va confrontato cogli *Ann. Winton. eccl.* in DU CANGE, *Gloss.*, v° *vomeres*: « Femina illa pro se ipsa quatuor, pro episcopo quinque, scilicet novem continuos passus super ignitos » vomeres faciat nudatis pedibus: si titubaverit, si singulos vomeres pleno pede » non presserit, si quantulumque læsa fuerit, sententia proferatur ».

Negli *Ordines* il giudizio dei vomeri è unito talora con quello del ferro rovente. (Ad es. A. 10, B. x, 5). Con esso lo confonde Andrea da Isernia l. c. scrivendo: *ponentur enim novem vomeres igniti, et portabit rusticus unum ex eis usque ad nonum.*

(2) La prova dell'acqua bollente è indicata negli *Ordines* colle parole in *aquam igne ferventem manum suam mittere*, quella del ferro con *ferrum ignitum accipere, ferre ecc.* (A. 2, 7 ecc.).

durante i quali la mano rimaneva fasciata e sigillata; è prescritto che l'accusato deve apparire illeso; pare però che talora si giudicasse anche secondo la maggiore o minore gravità della scottatura.

Gregorio di Tours narra di un giovane prete di Ravenna che, in una disputa con un ariano, ricorse alla prova della caldaia bollente, da cui tolse un anello dopo averlo cercato per un'ora; è certo questa una delle tante storielle spacciate dal pio scrittore (1).

Talora cumulativamente colla prova dell'acqua bollente, talora da sola, troviamo usata anche un'altra prova della caldaia generalmente dimenticata, e di cui diremo in seguito.

Ricordiamo pure, come poco conosciuta e forse d'uso assai limitato, una prova dell'acqua fredda, in cui l'accusato immerge la mano, e che deve scottarlo, se è colpevole. Grimm trovò un accenno a questa ordalia in una poesia di Roswita (2), un altro potrebbe anche trarsene dal *Dialogus miraculorum* (3) del monaco Cesario Heisterbacense († 1240), ma qui il fatto ha carattere di miracolo, non di vero giudizio di Dio. Che però questa ordalia dell'acqua fredda fosse realmente usata, lo si ricava dal canonista Rofredus, che ne fu testimonio oculare. Egli scrive: « *Primo implebatur vas aliquod aqua frigida, infamatus im-*

(1) *In gloria martyr.* 80, ed. cit., p. 542-43.

(2) *Carmen Rosvitae de Gangolft*, 74, in GRIMM *R. A.*, 922. Per un altro esempio leggendario v. G. RUA, o. c., p. 73, n. 8.

(3) *Dist.*, x, cap. 35 (ed. STRANGE, Coloniae 1851, vol. II, 243). Un pescatore accusato di fornicazione davanti al Sinodo ed assolto alla prova del ferro infuocato per il suo pentimento, essendo ricaduto nel peccato dopo pochi giorni, si vantò della prova sostenuta, ed immergendo la mano nel fiume disse: *Ecce tantum mihi nocuit ignis ille*, ma tosto ritrasse la mano miracolosamente scottata, come se l'avesse immersa nell'acqua bollente. Nel capitolo seguente, lo stesso Cesario narra che un reo, avendo a caso toccato il ferro freddo, che aveva servito a purgare coloro su cui erano caduti i sospetti per il reato da lui commesso, si bruciò e dovette confessare. Un fatto simile è narrato come avvenuto a Witterberg, nella cronica di Lubeca ad a. 1349. (MAIER p. 92-93, PRATZ pag. 5). In entrambi i casi, si trattava di prova del ferro infuocato nell'accusa d'incendio. Inutile dire che questi e moltissimi altri fatti, come ad esempio le prove già ricordate di Emma e Cunigonda, sono leggendari.

ponebat manum, si apparebat signum in manu, sicut quando poneretur in aqua calidissima, condemnabatur, si non absolutebatur (1) ».

Quando sia stata inventata questa prova non possiamo dire: certo essa dovette nascere dalla prova dell'acqua bollente in modo affatto naturale, e razionalissimo, secondo le idee del tempo. Se infatti la divinità può rendere innocua l'acqua bollente per un innocente, essa potrà egualmente rendere dannosa al colpevole l'acqua fredda, per sè innocua. Forse ne fecero nascere l'idea le leggende di fatti miracolosi come quelli sopra narrati in nota (2).

Veniamo infine alla forma più comune dell'ordalia dell'acqua fredda. In essa l'accusato colla mano sinistra legata al piede destro, e la destra al sinistro, oppure nel modo, che abbiamo descritto a proposito degli Slavi, veniva gettato in un lago, o in una fossa o vasca ripiena d'acqua, od anche in un fiume (3) e riconosciuto innocente se affondava, colpevole se rimaneva alla superficie (4), se cioè l'elemento puro dell'acqua non voleva ri-

(1) ROFREDUS, *Libelli super iure pontificio*, Argent., 1502, VII, fol. 50, col. 4, cit. in HILDENBRAND, p. 170, n. 1°. Un altro esempio trovo nella *Vita S. Bertrandi Convenarum episc. auct. Vitali Apost. Sedis Notario*, c. 15 (in MARTENE e DURAND, VI, 1030). Un uomo non voleva riconoscere il proprio figlio. « Tunc » sanctus Episcopus ad experientiam fidei accedens... ante se iussit afferri vas » plenum aqua frigida... Tunc homo cum temeritate et summa audacia manum » misit in aquam et lapidem extraxit, et statim virtute divina manus tanta » combustione exarsit, quod cocta videretur in ferventissima aqua ».

(2) Non trovo nessuna traccia di questa ordalia negli *Ordines*.

(3) È un errore abbastanza comune il ritenere che l'acqua non dovesse essere corrente (v. ad es. PFALZ, p. 6). Però gli *Ordines* ricordano spesso il *iudicium aquae fluentis*, talora in opposizione a quello *aquae stantis*. (Cfr. *Ordines*, A. 22, B. VIII, 2, IX, 3).

(4) Vedi i vari *Ordines iudiciorum Dei*, A. 14-25, B. passim. Alcuni particolari interessanti si possono anche trarre dall'opera di HINCMAR, *De dicto Lotharii*, di cui parleremo in seguito.

Abbiamo già accennato all'*aquinum iudicium* di cui parla HERM. CONTRACTES a proposito di Richardis: l'*auctor vetus de beneficiis*, § 100, (cit. in MAHER, pag. 45, n. 33) ricorda un *aquaticum Dei iudicium* in un punto che merita d'essere riportato: *quum autem uterque per iuramentum (locum) suum esse affirmat, inter eos dividatur, aut veritas reperitur de hoc per aquaticum Dei iudi-*

ceverlo. Invece dell'accusato stesso, spesso, a giudicare dagli *ordines*, si gettava nell'acqua un'altra persona, che è indicata col nome di *vicarius*, per lo più un ragazzo (1). Talora invece della persona si getta il suo nome scritto su d'una materia qualsiasi, ma tale innovazione, suggerita forse a qualche monaco erudito dalla lettura degli antichi scrittori che descrissero le prove di Palika, per avventura di Aristotile, per quanto commoda non pare abbia incontrato molto favore. La troviamo infatti solo in tre, o quattro codici del XII e XIII secolo (2). Questa prova dell'acqua fredda fu usata anche come mezzo d'inquisizione (3).

Posteriormente troviamo anche la prova dell'acqua fredda usata in modo intieramente opposto al comune, cioè a dire in cui l'affondare è segno di colpa, il galleggiare d'innocenza. Così in un *Weisthum* dell'anno 1338, già citato da Maier: « *fellet er zu Grunde so ist er schuldig, schwebt er empor, so ist er unschuldig* » (4).

cium. Queste espressioni si riferiscono esse alla prova dell'acqua fredda o a quella della caldaia? Probabilmente alla prima, che è chiamata semplicemente *Wasserurtheil* anche dagli specchi sassone e svevo.

(1) Cfr. *Ordines*, A. 21, 25: B. XIII, 1 d., XIV, 1 h., XV, 3 d., ecc.

(2) Manoscritto di S. Florian (Austria) XII sec., comunicato da E. MÜHLBACHER in *Mittheil. f. österr. Geschichtsforschung*, II (1881) p. 290-91 nota, (*ut illius hominis nomen non suscipias immersum vel vicarium eius*); manoscritto di Halberstadt, fine del XIII sec., pubblic. da G. v. BUCHWALD in *Mittheilungen* cit., vol. V, p. 310 (1884) (*ne nomen eius in quaecumque materia conscriptum in hanc aquam valeat immergi*). Altro (già pubblicato da MARTENE) *Ordines*, B. VIII, 2 c. e d. Si noti, che la preghiera riprodotta in B. VIII, 2 c., si trova anche in un codice del XII sec. (*Ordines*, XIV, 1, o.) ma per la prova comune.

(3) Ne trovo un esempio riferentesi pare alla fine dell'XI secolo in una nota di Jureto all'ep. 74 di Ivone.

Egli riferisce, *ex antiquo exemplari Laudunensi*, che essendo stato rubato il tesoro della chiesa, si ordinò per consiglio di un Magister Anselmus *legis divinae peritissimus* « *ut de singulis urbis parrochiis unus infans innocens in vase aqua benedicta repleto poneretur, et quaecumque parrochia forte culpabilis inveniretur, de singulis domibus eiusdem parrochiæ unus infans in aqua poneretur et quaecumque domus deprehensa fuisset, omnes viri vel faminæ ad eam pertinentes, iudicio aquæ se purgare cogerentur* ».

Senza dubbio si seguì qui l'esempio della Bibbia (Giosuè, VII, 3-18. Cfr. sopra p. 78), sostituendo solo la prova dell'acqua fredda alle sorti.

(4) LÜDIG, *Reichsarchiv*, Part. spec. P. II, 1617, cit. in MAIER, p. 46

Analogamente si decideva nella prova della legittimità dei neonati, di cui parlai a proposito dei Celti. Evidentemente in questi casi si credeva che la divinità salvasse l'innocente; però il concetto originario della prova deve essere quello che si svela nella prima forma, chè anzi se non si conoscesse l'esempio dei Celti, si potrebbe congetturare che la seconda fosse trovata nell'epoca cristiana, probabilmente per le numerose leggende di martiri, che gettati nell'acqua con pesi enormi, galleggiavano miracolosamente.

Un'applicazione speciale di questa forma si può forse trovare nella Svizzera, dove le condannate a morte per annegamento erano gettate nel fiume colle mani ed i piedi legati insieme, e ripescate in un punto determinato dai pescatori appositamente collocati; se allora si riusciva a rianimarle erano libere, perchè Dio le aveva salvate (1). Questo concetto si trova ancora espresso in epoca non remota. Si noti a questo proposito, che anche la *lex Chamavorum* prescrive il giudizio di Dio ad uno scopo identico, cioè per conoscere se il colpevole deve essere messo a morte, o se invece si può permettere ai parenti di riscattarne la vita (2).

Nelle leggi la più antica menzione della prova dell'acqua fredda trovasi, se non erro, nel capitolare di Lodovico e Lotario a. 829,

(1) Parecchi esempi in OSENBRUGGEN, *Deutsche Rechtsalterth. aus der Schweiz*, I, 29 seg.

(2) *Lex Chamavorum*, 48. Per un uso analogo delle sorti cfr. sopra p. 185, n. 2. V. anche OSENBRUGGEN, *Rechtsalterth. aus Österreich. Pantaidingen*, Wien, 1863, p. 50. Chi era convinto d'aver mutati i confini, era sepolto per metà in una fossa scavata nel punto in cui prima era il termine, gli si dava un coltello rotto, poi gli si spingeva contro per tre volte un aratro tagliente tirato da quattro cavalli. Allora dice lo statuto: *erreth er sich seines Lebens, ist ihm dest pesser, stürbt er, so ist er schon gebüest*. Cfr. GRIMM, B. A., 546 e seq.

Perfino nel XVII sec. GUAZZINI *Def.* xxxviii, cap. 3, n. 3 (*Op. crimin.*, 1716, p. 577) scriveva: « Si vero in actu executionis sententiæ carnifex non possit caput amputare... debet condemnatus liberari cum censeatur id contigisse miraculose ob eius innocentiam et maxime si protestatus fuerit esse innocentem, antequam inferatur ei supplicium » e citava in appoggio molti autori. Vedi per altro CLARO, *Sentent.*, v. § fin., 98, 9. (*Opera*, 1739, II, 652).

che la proibisce (1); il che dimostra che indipendentemente dalle ordalie indicate nelle *leges barbarorum*, ve ne erano altre comunemente praticate, benchè non ordinate dal legislatore (2).

Quanto alla notizia data da parecchi *ordines*, di cui i più antichi risalgono al IX secolo, secondo i quali questa prova sarebbe stata inventata da papa Leone III ed Eugenio II, noi la esamineremo nel capitolo nono; diciamo però fin d'ora, che se essa ha qualche fondamento di verità, deve trattarsi di approvazione delle formalità e preghiere che accompagnano la prova non di vera invenzione.

Veniamo infine alla già ricordata teoria di Wilda, secondo la quale il clero, per combattere le prove pagane del duello e della sorte, avrebbe introdotte fra i Germani le ordalie del ferro e del fuoco, conosciute da lui in Oriente o fra i Celti. A sostegno della sua opinione Wilda adduce sostanzialmente le seguenti ragioni: 1° non si trova esempio di ordalia del fuoco e dell'acqua nelle antiche saghe; la canzone di Gudrun, che parrebbe far eccezione, non appartiene veramente alle leggende nordiche (3).

2° Le leggende connettono l'origine dei giudizi di Dio coll'introduzione del cristianesimo. Così Saxo Grammaticus (4), scrive

(1) *Ilodov. et Hlot.* Cap. a. 829, 12. I motivi teologici per cui probabilmente fu condannata, si possono desumere dall'apologia, che ne fa Hincmaro, e di cui diremo in seguito. La proibizione non ebbe del resto alcun effetto, e l'acqua fredda, quantunque sia una delle prove più raramente ricordate nelle leggi, è forse quella più frequentemente descritta negli *Ordines*. Del resto essa è prescritta ad es. nella *Const. pacis Dei in Synodo Colon.*, a. 1083; *Id. in syn. Mogunt.*, a. 1085.

Coll'*arrêt de la Tournelle* del 1° dic. 1601, la prova veniva abolita in Francia, dove si conservava ancora per il popolino, ma il bagno delle streghe non è in fondo che una trasformazione di essa, quando anche cessa di essere ordalia.

(2) È però erronea l'affermazione di Thonissen, *Loi salique*, pag. 508, che cioè la prova dell'acqua fredda sia ricordata per la prima volta da GREG. DI TOURS, *Miracul.*, I, 69, (ed. cit., p. 534). Si tratta infatti di un miracolo, non di un'ordalia.

(3) Nello stesso intento di togliere ogni valore a questa fonte importantissima, PFALZ, p. 20, n. 11, sostiene che questa saga non è pura (*nicht echt*) trovandovisi accenno a *Dietrich*, cioè ad una leggenda che non appartiene alla Germania pagana. Di ciò non so giudicare, ma a noi basta che il fondo della leggenda sia pagano, e tale è indubbiamente. Cfr. p. 195, e n. 2°.

(4) SAXO GRAMM., I, 10, ed. cit., p. 499.

di Poppo, che spontaneamente dimostrò la verità del cristianesimo colla prova del ferro infuocato, « quo evenit ut Dani, *abro-gata duellorum consuetudine*, pleraque causarum iudicia eo » experimenti genere constatura decernerent ».

3° I papi condannando le ordalie, mai non accennano alla loro origine pagana.

4° Gli accusati di superstizioni pagane si purgavano colla prova del ferro infuocato o colla caldaia.

Salvo forse la testimonianza di Saxo, tutte le ragioni di Wilda, quando anche potessero senz'altro accogliersi, non sarebbero punto concludenti; ora quanto narra Saxo ha ben poco valore, perchè in tutti i punti contraddetto da parecchi altri scrittori (1), i quali si accordano nel far partire la proposta del giudizio di Dio non da Poppo, ma dal re Araldo; inoltre apparirebbe già di per sè improbabile che i Danesi abbiano d'un tratto rinunciato al loro antico sistema di prove, e tutto ciò per un fatto, che doveva apparire miracoloso; del resto non sarebbe lecito estendere a tutti i Germani, ciò che potesse per avventura essere avvenuto fra i Danesi.

Quanto alla leggenda di Gudrun, tutto in essa è pagano (2), i giuramenti che Gudrun vuole prestare *sulla sacra pietra bianca*, i *jarknasteinn* che essa toglie dalla caldaia bollente, la pena dell'annegamento nella palude, infitta alla calunniatrice, la consecrazione della caldaia, per la quale è richiesto un *principe degli uomini del sud*, in cui Grimm ravvisa un sacerdote: posta l'origine pagana della leggenda, poco c'importa poi che essa non sia puramente nordica, ma contenga accenni a leggende tedesche.

Del resto, il trovare l'ordalia della caldaia ricordata nella redazione della legge salica in 65 titoli, basterebbe a convincerci della falsità dell'ipotesi in questione, poichè quella redazione risale, a quanto pare all'epoca pagana, e d'altra parte non è

(1) WIDUCH. CORB., III, 65 in PERTZ, SS. V, 444. THISTMAR MEERBURG., II, 8 in PERTZ, V, 747. SIGEB. GEMBLAC., ad a. 966. Cfr. MAURER, *Gottesurth*. I. c. p. 144-145. *Bekehrung ecc.*, II, 482-483, n.° 3 e 5: 489, n.° 30. DANN, *Gottesurth*., pag. 26 seq. Quanto agli autori antichi cfr. TH. BRODERI BIRCHERODII, *annot. in Aenotum*, cap. I, n. 50 (in WESTPHALEN, IV, 1387).

(2) Cfr. DANN, *Gottesurth*., p. 32.

ammissibile quanto affermano alcuni fra cui Pfalz, che cioè l'ordalia vi sia penetrata per influenze celtiche.

Da ultimo, anche prescindendo da ogni altro argomento, difficilmente si capirebbe come il clero, per combattere le usanze nazionali germaniche, ne introducesse altre certo non meno barbare, togliendole da popolazioni ancora pagane; e più difficilmente ancora si spiegherebbe, come queste nuove forme d'ordalia siano penetrate in tutto il mondo germanico in brevissimo spazio di tempo, e con tanta profondità e tenacia.

Perchè i papi, condannando le ordalie non accennino alla loro origine pagana, si capisce facilmente tenendo conto della data relativamente recente di queste condanne: le ordalie erano già usate da tanti secoli fra i cristiani che l'origine doveva esserne dimenticata da un pezzo.

Ricordiamo ancora, prima di passare a descrivere altre ordalie, che Voltaire, e dopo lui Sandifort (1), basandosi essenzialmente sui versi di Sofocle, altra volta citati, supposero che le prove del fuoco e del ferro infuocato fossero prima praticate dalla chiesa greca, e che da quella le abbia apprese il clero latino, insieme a molte altre superstizioni. Sarebbe superfluo confutare questa opinione, della quale possiamo invece segnalare il germe nell'esposizione dello scoliasta di Sofocle, che afferma essere le prove citate usate dai Romani del suo tempo *alla maniera greca*.

Gludizto della bara (*Bahrrecht, iudicium feretri, Scheingehen ecc.*) (2). Questa prova, che compare solo in poche leggi di data

(1) VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs*, I, cap. 22. SANDIFORT, pag. 39.

(2) Oltre alle opere già indicate consultai le seguenti: OSENBRUGGEN, *Deutsche Rechtsalterthümer aus der Schweiz*, Zürich 1858-59, (estratto) xv, fasc. 2°, pag. 108-112). Id., *Die Raben des heiligen Meinrad*, Schaffhausen, 1861, p. 20 seq. HREFFTER, *Ueber das Bahrrecht* (in *Archiv des Criminalrechts*, n. F., 1835, p. 464-468) che non è insomma che un riassunto di ciò che si riferisce all'argomento in R. PITCAIRN, *Criminal Trials in Scotland from a. d. 1488, to a. d. 1624*, 3 vol., Edinb. 1833 (p. 182 seq.). BURLINGER, *Bahrrecht* (in *Anzeiger für Kunde der deutschen Vorzeit* N. F., vol. xv, 1868, p. 11 seq.). VOAT, *Besondere Art eines Ordalii... das Scheingehen genannt...* in *Ernesti Beiträge*, pag. 95-99. C. L. ROCHHOLTZ, *Deutsche Glaube und Brauch*, Berlin 1867, I, 57 seq., 242 seq. V. pure OSENBRUGGEN, *Studien ü. d. Schweiz. RG.*, p. 327. in *PERTILE*, Op. o., vi, p. 364, n. 80.

relativamente recente, fu però a quanto pare usata in tutta l'Europa, ed in alcune parti, ad esempio in Germania, si mantenne fin verso la metà del secolo scorso.

Le formalità del giudizio variano assai; il concetto è però sempre questo, che alla presenza, o al contatto dell'uccisore le ferite dell'ucciso, devono sanguinare di nuovo, od apparire nel cadavere altri segni, come schiuma alla bocca o fremito.

In generale la persona sospetta pronunciava un giuramento di purgazione, appoggiando le dita sulla ferita, o sull'ombelico del morto, oppure fregava la ferita con uno straccio di lana, od infine passava sul cadavere a piedi nudi condotta dal carnefice con un laccio. In alcune parti della Sassonia e dei Paesi Bassi si usava una prova speciale detta *Scheingehen*, in cui, invece del cadavere, serviva la sola mano recisa (1). Rochholz crede, che, quando non si poteva avere il cadavere intiero, bastasse anche un ossicino, che, a quanto si credeva, avrebbe spruzzato immediatamente di sangue l'assassino, che osasse pronunciare il giuramento; di questa prova però non trovai esempi se non nelle leggende popolari (2).

Grimm, e con lui molti altri, ricordano come i più antichi accenni alla prova della bara, alcuni versi dei Nibelunghi, ed altri di Iwein (3) (poemi del XIII sec.); ma Pitcairn segnala l'uso di essa in causa dell'assassinio di un re Duffus di Scozia, nell'anno 972. Fra le fonti giuridiche, le più antiche da me conosciute sono lo *Stadtrechtbuch* di Ruprecht von Freysing della prima metà del XIV secolo, e gli statuti di alcuni cantoni sviz-

(1) Voort, l. c., trascrive un interessante protocollo di tale giudizio dell'anno 1566 in Jorke. L'accusato, un certo Böver, venne assolto, dopo che in ginocchio e *nackend, also er zur Welt geboren... und nur mit einem unbenutzten Linnen seine Scham bedeckend* (come prescrive il consiglio incaricato di trovare il giudizio), ebbe pronunciato tre volte il giuramento, appoggiando le dita sulla mano recisa. Cfr. GRIMM, R. A. 879; WILD, 460; KÖNIGSWARTER, l. c. p. 20.

(2) Due esempi sono riportati nella citata opera di OSENBRUGGEN, *Die Raben* ecc., pag. 29-31.

(3) GRIMM, pag. 930. *Nibelungenlied*, v. 982-986 (ed. Zarncke, pag. 158). *Iwein*, v. 1355-64.

zeri riportati da Osenbruggen, fra cui quello di Schwitz che risale al 1342 (1).

Del resto in Germania il *bahrrecht* compare specialmente usato nel XVI e XVII secolo, e lo troviamo prescritto in una *Hessen-Darmstädtische Landesordnung* dell'anno 1639, e specialmente nei trattatisti fino a Kayser e Stryck (2).

Nella Gran Bretagna si ricorreva anche a questa prova, e Pitcairn cita esempi degli anni 1628, 1644, 1661, 1676, 1688, anno in cui il *Lord-advocat* di Scozia ne fece l'apologia (3).

In Francia, De l'Ancre, consigliere di Luigi XIII, si mostrava già dubbioso sull'utilità e la giustizia di questo giudizio (4).

In Italia non mi riuscì di trovarne memoria certa prima di Paris de Puteo e Marsilio Ficino, il quale ricorda che i *giudici* del suo tempo avevano osservato come « *occisi hominis vulnus, etiam iacente cadavere, in eum qui vulneraverat, si modo*

(1) *Ruprecht von Freysing*, c. 4, in LÖNING, op. c., p. 190. OSENBRUGGEN, *Recht-salterthümer*, l. c. Questi ricorda inoltre, ed in parte riporta il *Landbuch von Uri*, art. 1; il *Thalbuch von Ursern*, art. 1; un *Formulario di Lucerna* del 1542, e vari esempi di *bahrrecht*, tratti da cronisti svizzeri, fra cui uno riferentesi al 1413, un'altro al 1503. V. pure il diritto di Memmingen (a. 1396) in PERTILE, l. c.

(2) La prova della bara è ricordata da Lutero (ROCHHOLZ, Op. cit., I, 243 seq.). Cfr. esempi del XVI sec., in *Zeitschr. für Strasrechtswiss.*, v, 550; vi, 188, uno del 1473 in BIRLINGER, Op. cit. e due estratti interessantissimi di protocolli inviati verso la metà del XVII secolo alle facoltà giuridiche di Tubinga e Francoforte sull'Oder in MAIER, pag. 114-118. Nel primo di questi è curioso il vedere come dai vari segni osservati nel cadavere, si volle desumere quale parte avevano preso vari complici in un assassinio, chi era solo presente, chi aveva inferto le ferite, ecc. Anche qui il giuramento si presta tre volte, ponendo due dita sulla bocca, poi sulle ferite, ed infine sull'ombelico. Quanto agli autori che approvano il *bahrrecht*, eccone alcuni citati da Maier: SCHOTTEL, *Abhandlung vom Baar-Recht in Tractat von unterschiedlichen Rechten in Teutschland*, 1671, pag. 60 seq. KAYSER, *Anweisung zum Inquisitions- und Achtsproceß*, 1710, p. 146. SAM. STRYCK, *Usus modern. Pandectarum*, libro 48, tit. 18, § 7 (t. IV, 826-27). Per quest'ultimo però, il *bahrrecht* non dà più che un semplice indizio, che da solo non basta neppure a giustificare la tortura.

(3) PITCAIRN, Op. cit., pag. 187 seq. È noto che alla prova della bara si trova un accenno in Shakespeare, *Richard III*, atto I, scena III. Cfr. anche un passo di re Giacomo I, riportato in seguito, p. 214, n. 1.

(4) PITCAIRN, Op. cit. in HEFFTER, l. c.

ille communius instet, vulnus ipsum inspiciens, sanguinem rursum eiiciat...» (1). Che però l'uso della prova della bara, fosse poco conosciuto e raramente ricordato nei libri giuridici, si può desumere da ciò, che il celebre Ippolito de Marsiliis, narra quasi cosa strana ed inaudita, che essendo egli pretore ad Albenga, nel tempo della sua gioventù, un vecchio gli aveva insegnato questo mezzo per scoprire i colpevoli d'un omicidio (2).

Dopo Ippolito de Marsiliis, ricordano questa prova parecchi giuristi, fra cui M. Ant. Blancus, Francesco Casonius, Farinacio, ecc. (3).

Dopo aver così accennato alla forma e storia del *iudicium fetretum*, ci resta ad esaminare la questione molto dibattuta, se esso debba o non essere annoverato fra i giudizi di Dio. Hildenbrand lo nega (4), seguendo Phillips ed Heffter, e ne ritrova il concetto fondamentale nella credenza che l'anima umana dimori nel sangue, e vi resti ancora per parecchio tempo dopo la morte. Invece molti altri scrittori, pur ammettendo che il

(1) MARS. FICINI, *Theol. platonica de immortalitate animorum*, xvi, 5 (Opera 1561, tom. 1, p. 376). Il Ficino deve trattare l'argomento molto più diffusamente in altro punto, al quale accenna il Casonius, ma a me non riuscì di trovarlo; secondo lui, la prova deve essere fatta entro le sette ore che seguono l'omicidio, quando cioè il cadavere non è ancora intieramente raffreddato (il che in pratica la rende impossibile nel maggior numero dei casi. Prima del Ficino si occupò della prova della bara PARIS DE PUTRO, *De syndicato*, cap. *Mandarit* in fine (T. U. I., vii, p. 328) che cita alcuni autori tra cui ENRICO DE GANDAVO (m. 1295), *suo quolibet* vii; THAD. medico e AGRIO in titolo *de homic.* ed afferma che si usò questa prova a Roma, quando fu assassinato il cardinale di S. Marco.

(2) *Practica causarum criminalium § Diligenter*, n. 181, (Lugduni) 1542, fol. 53. *Et memini me alias tempore iuventutis meae vidisse rem mirabilem et stupendam etc.* Dopo la prova, egli scrive, *nihil dixi non praestans fidem ulli rei, quae nullibi probatur*, e procedette contro il colpevole solo perchè trovò altri indizi.

(3) BLANCI, *De indiciis homicidii*, n° 402 e 408, (in *Volumen... tractatum criminalium*, Venetiis 1563, ff. 342-43, oppure *Tract. Univ. Juris.*, xi, 1, 279-280). CASONI, *De indiciis*, cap. 3. (*Volumen*, f. 346, oppure *T. U. J.*, xi, 1, 346). FARINAC., *Praxis*, q. 52, n. 154, (ed. 1634, P. 1, t. 2, p. 375).

(4) HILDENBRAND, Op. cit. 17 nota 1°. HEFFTER, l. c., pag. 464. PHILLIPS, *Deutsche Geschichte*, I, 248. PFALZ, 18, n.° 33.

sangue sgorghi per volere divino, osservano che il *iudicium feretri* non è vero mezzo di prova, ma bensì mezzo d'inquisizione e perciò non si deve annoverare fra le ordalie pure (1).

In questo caso io credo sia necessario distinguere fra luoghi e tempi diversi, partendo da criteri che non sono quelli citati. Nel capitolo primo dissi che il *iudicium feretri* nasce dall'idea del desiderio di vendetta da parte degli uccisi, ma questa idea, se anche non è intieramente scomparsa dalle menti popolari, non è più il fondamento della prova, quale è usata nell'Europa cristiana. In essa troviamo invece due concetti diversi: nelle terre germaniche prevale la credenza nell'intervento divino, che è causa dei fenomeni richiesti a svelare il colpevole; perciò la prova della bara è chiamata, ed è giudizio di Dio, e originariamente serve da sola a purgare, o a far condannare l'accusato (2); in Italia per contro nessuno accenna all'intervento divino, ma si crede che il sangue scorra per cause ignote e naturali, laonde la prova ordinariamente serve solo per indizio giustificante un'ulteriore inquisizione (3). A questo concetto ven-

(1) UNGER, Op. cit., 12. K. MAURER, *U. das Beweisverfahren nach deutschen Rechten. krit. Ueberschau.* 1857, vol. v, p. 219. WAITZ, *d. Verfassungsgesch.*, I, 445. DAHN, Op. cit., pag. 12, n. 2°.

(2) Per dare alcuni esempi, nel documento del 1566 citato, la sentenza ordina la liberazione dell'accusato perchè egli ha sostenuta la prova e l'onnipossente lo ha salvato (*sund der Allmächtige ihn errettet*); nell'ordinanza di Schwyz del 1342 la prova è indicata colle parole: *über den Todten gehen auf Gottes erbarmen*; in una leggenda svizzera citata da Osenbruggen, dopo la prova, i giudici esclamano: *der Allwissende hat gerichtet*, e l'accusato stesso risponde: *Ja das hat er*; infine nel formulario di Lucerna, il giuramento da pronunciarsi dall'accusato è così concepito: *..... dass dann Gott der Allmächtige hie ein öffentlich Zeichen thüy miner Schuld oder Unschuld...* Il giudizio di Dio non potrebbe essere indicato più esplicitamente.

(3) FICINO dice bensì nel suo *Epitome in divinum Platonem* (Op. II, 1514) che le anime degli uccisi perseguitano l'uccisore, *non humana tantum indignatione efficiente, sed divina etiam nemesi, ac daemone providente*, ma Ippolito de Marsiliis pone la prova della bara colle *incantationes* e *divinationes*, cui non si deve prestar fede; Blancus, pur credendola cosa distinta dall'*incantatio* e dal *sortilegium*, la dice *quoddam miraculum, et ab occulto procedens, quoddam a natura insitum de quo ratio reddi non potest*, e Casonius scrive: *talis effusio sanguinis emanat ex causis ignotis, quæ non*

gono poi anche gli autori tedeschi più recenti (1). Quanto alla seconda opinione per cui il *Bahrrecht* non sarebbe mezzo di prova, ma d'inquisizione, essa non è che vera per metà.

Quando infatti il giudizio della bara serva soltanto a procacciare indizi al giudice, certo non si può dire un vero mezzo di prova, ma lo è quando basta da solo a far condannare od assolvere l'accusato, come nel citato protocollo del 1566. Si noti che i sospetti possono cadere anche sopra una sola persona, e se cadono su più, si ha in fondo tante prove, quanti sono gli accusati.

Riguardo all'origine del *iudicium feretri*, è probabile che questo si sia conservato nella tradizione e nella coscienza popolare da tempo immemorabile, prima di essere accolto dai legislatori. Marsilio Ficino, primo, se non erro, poi Casonius, e perfino Heffter citano bensì il verso di Lucrezio

Emanat in partem sanguis unde icimur ictu

(*De R. N.*, IV, 1042, ed. Teubner), con cui, secondo Ficino, si afferma il fatto che è base della prova; si adducono anche altri autori latini e greci, fra cui Aristotile (*Problema de naribus*) e vari passi della Bibbia (come *Genesi*, IX, 4; *Levitico*, XVII), che proibiscono di mangiar carni sanguinolenti; tutto ciò però non ha alcun rapporto coll'argomento, o lo ha solo per la falsa interpretazione, che si dà a passi che significano tutt'altro, come appunto il verso di Lucrezio.

sunt trahendæ ad censequentiam, e perciò crede *nullum oriri indicium nisi ad inquirendum*. Et contentus sit iudex, aggiunge egli, *iudicare secundum prudentiam, quæ cadit in hominem, relinquendo cetera iudicio divino*..... — I più favorevoli alla prova sono Paris de Puteo e Blancus, per i quali essa costituisce un *magnum inditium*, a qua *experientia non erit per iudicem recedendum*, e poi Farinaccio, che la crede indizio sufficiente per la tortura.

(1) Maier cita un Andrea Libavius medico, che in una dissertazione *de cruentatione cadaverum* (XVII sec.) vuole spiegare il *bahrrecht* per cause naturali, ma aggiunge che la sua opinione non prevalse. In *Geheime Unterredungen... von der magia naturalis*, 1702, p. 90 (cit. da Birlinger) si dice, che lo agor-gare del sangue avviene *wunderlich genung und doch natürlich... wie solches der ganzen Welt bekind ist*.

Dahn affermò anche che nel *iudicium feretri* non vi è alcuna traccia d'influenza cristiana, e che la chiesa non lo circondò delle sue forme rituali, come le altre ordalie (1): questa opinione è contraddetta da Osenbruggen (2), ed appare almeno esagerata soprattutto nella prima parte: chè anzi si potrebbe forse sostenere che solo col cristianesimo sia sorta l'idea della diretta ingerenza della divinità, dell'*onnipotente*, mentre prima probabilmente si credeva che l'anima stessa dell'ucciso svelasse l'uccisore.

Troviamo infatti fra le superstizioni germaniche, condannate dalla chiesa fin dai primi tempi molte tracce di animismo e di culto dei morti, ciò che può servire come valido argomento in favore dell'ipotesi esposta.

Non è poi da meravigliarsi se non si riscontra qui l'ingerenza del clero, come nelle altre ordalie, vista l'epoca recente a cui si riferiscono gli esempi ben conosciuti di *bahrrecht*. Del resto nei citati atti criminali inviati alla facoltà giuridica di Tubinga, anche il parroco assiste e prende parte alla prova (3).

Prendiamo da ultimo atto di un'osservazione di Birlinger, che cioè il *bahrrecht* scomparve in alcuni luoghi coll'introduzione del diritto romano.

Judicium offe (*panis adiurati*, *casibrodeum*, *corsnaed*, *nedbraed* (anglosass.), *corbita* (fris.), *offa iudicialis*, *caseus ex-cratus*). In questa prova, l'accusato doveva trangugiare una quantità determinata di pane e di cacio (4) e se non lo poteva, era convinto. Se non erro, solo le leggi anglo-sassoni prescri-

(1) DAHN, *Gottesurth*, pag. 41.

(2) R. A. *aus der Schweiz*, p. 108.

(3) « hat gedachter Wächter (uno degli accusati) die ihm angehaltene » *formulam iuris iurandi dreymal geleistet... auch dem Pfarrern*, so ihm seinen Gewissens erinnert, *nachsprechen müssen*, die That aber nicht bekennen wollen » (MAIER, Op. cit., p. 115-116).

(4) Le due sostanze sono d'ordinario unite in modo da formare un peso di 9 denari (*Ord.*, A. 26, 27, 31 ecc.). Trovo però in alcuni *ordines* ricordata anche una sola di esse (ad es. A. 28) ed in altri è detto *panis rel casei*. Sul cacio s'incede spesso un detto biblico ad es. salmo VII, 16 (*Ord.*, A. 27), ed il *Pater noster* (B. XI, 3; XII, 3; XV, 4; XVI, 3; XVII, 1).

vono questa forma d'ordalia, ma essa è usata anche in Francia, nella Frisia, e non è sconosciuta in Germania (1), come lo provano gli *ordines*, e la stessa espressione, che vi si mantiene tuttora: *das mir das Brod im Halse stecken bleibe*.

Wilda, per sostenere l'origine cristiana del *iudicium offae*, osserva che esso rassomiglia assai alla prova delle acque amare del vecchio testamento, ciò che è assolutamente falso, sia che si guardi i casi in cui si usa, o il modo in cui si compie, od infine gli effetti che produce (2). Si può invece giustamente paragonare alla prova del riso usata nell'India.

Judicium crucis. Il modo con cui si compieva questo giudizio, è indicato sufficientemente da Agobardo, arcivescovo di Lione, colle parole: *constitue cruces, ad quas stans immobilis perseverem*. Ma poichè si era disputato su ciò, Du Cange esaminate le varie opinioni venne a concludere: «quod qui crucis» *iudicium subibant, expansis in crucis formam brachiis ad Crucem stabant*, certo ac definito tempore, et donec recitaretur «*Evangelium*, vel oratio dominica etc., qui si immobiles permanerent innocui, si divino quodam iudicio caderent, ...rei habebantur». Quasi sempre però questa prova è bilaterale, ed allora perde la lite chi primo lascia cadere le braccia. È perciò che la croce è spesso equiparata al duello nei capitolari franchi.

È notissimo che il giudizio della croce si trova per la prima volta ricordato nel *Decretum Vermeriense* verso la metà dell'VIII secolo (758-768?) (3) per il caso della moglie che chiede il divorzio, allegando di essere trascurata dal marito; nello stesso secolo, lo troviamo prescritto in altri capitolari, come si vedrà in seguito, ed usato spesso in cause ecclesiastiche, come in una disputa fra il vescovo e la cittadinanza di Verona, ed in altra

(1) Esempi in Du Cange, v.º *Corsnaed*; cfr. anche GRÖLER, *Rechtsgeschichte*, pag. 404, nota 30 e gli autori da lui citati.

(2) WILDA, *Ordal.*, p. 482. Sull'origine del *iudicium offae* v. DARN, *Gottesurth*, p. 41-42. *D. Gesch.*, I, 248. PFALTZ, p. 10.

(3) Secondo la nuova edizione dei capitolari di Boretius; nelle vecchie, compresa quella di PERTZ, (M. G. H. LL. t. I) il decreto Vermeriense è indicato come Capit. Pipini a. 753.

fra il vescovo di Parigi e l'abate di S. Dionigi intorno al possesso di una piccola abbazia (1).

Merita specialmente di essere ricordato l'uso fattone nel chiostro di monache di Bischofsheim, dove essendosi trovato un neonato affogato in una palude, tutte le monache dovettero sottoporsi alla prova, che in tal caso diventava un mezzo d'inquisizione (2).

Resta ora a vedere se il giudizio della croce debba dirsi di origine cristiana, come parrebbe già per il nome stesso, o non piuttosto sia una trasformazione di un'ordalia pagana, come credono Grimm e parecchi suoi seguaci (3). Questi citano in appoggio il *decretum Thassilonis de popul. leg.*, cap. v:

« De eo quod Bojoarii stapsaken dicunt, in verbis quibus ex » vetusta consuetudine paganorum idolatriam reperimus, ut dein- » ceps non aliter nisi ut dicat, qui quærit debitum: Hæc mihi » iniuste abstulisti... Reus vere contra dicat: Non hoc abstuli, » nec componere debeo. Iterata voce requisito debito, dicat: Ex- » tendamus dexterâs nostras ad iustum iudiciûm Dei. Et tunc » manus dexterâs utrique ad cœlum extendant ».

Si volle vedere in queste ultime parole indicata una specie di ordalia della croce, e si spiegò *stapsaken* da *stap*, *baculus* o *phallus*, simbolo del Dio Frô, verso il quale si sarebbe stesa la destra. È però molto più soddisfacente l'interpretazione del Wilda, per cui lo *stapsaken*, o come altri leggono *stapfsaken*, altro non è, se non la formola solenne del giuramento (4), o dell'invocazione che precede il giudizio di Dio. Infatti nel passo

(1) HIER. DELLA CORTE, *Hist. Veronens.*, iv, 178 (a. 798. Ughelli, *Italia Sacra*, v, 610). MABILLON, *De re diplomatica*, vi, 498.

(2) RUD. FULDRNEIS, *Vita Sanctæ Lobtæ*, cap. 15, cit. da DU CANGE.

(3) HERGENRÖTHER, i, 828, n. 1^a. HEFELR, *Conciliengeschichte*, iii, 614, n. 4^a. HIL-LEBRAND, *Deut. Rechtsgesch.*, p. 153, n. 70. GUITZMANN, *Die älteste Rechtsverfassung der Baiwaren*, 164, 364. ZORFF, *R. G.*, pag. 932, n. 34.

Contra: WILDA, p. 481. DAHN, *Gottessurth.*, 37-38. PFALZ, p. 9. WITTMANN, *Bayer. Landes und Rechtsgesch.*, 1837, i, 231. SIEGEL, *Gerichtsverfahren*, 119, 121. GENGLER, *Rechtsgesch.*, 403, n. 30. THONISSER, *Loi salique*, p. 422, n. 2^a, ed in generale tutti gli scrittori moderni.

(4) Da *stapf* = *Stab* e *saken* = *sagen*. Lo stesso Wilda adduce in proposito l'*eidstaf* (formola del giuramento) nel *Gulathingslag*, e l'espressione tedesca *den Eid staben*. Cfr. DAHN, *Gottessurth.*, p. 39.

citato del decreto di Tassilone, non si tratta evidentemente che di proibire una formola che si risentiva delle idee pagane, e sostituire invece le parole: *Extendamus etc.*

Forse la vera origine della prova della croce si deve ricercare nei chiostri, nei quali si praticavano certe penitenze, che hanno con essa grandissima analogia (1); il legislatore poi l'accorse probabilmente coll'intenzione di restringere od anche abolire il duello. A questo proposito, non credo sia stato osservato che, mentre i capitolari dell'VIII secolo prescrivono la prova della croce da sola, (ed uno di essi tratta dell'accusa frequentissima di spergiuro) (2), quelli del primo decennio del IX secolo, lasciano all'attore la scelta fra la croce ed il duello (3), ed infine gli altri fino a quello dell'818 o 819, che abolì la prova della croce, la restringono successivamente ai *timidis atque imbecillibus sive infirmis, qui pugnare non valent* (4). Come si vede, le speranze del legislatore furono compiutamente deluse. La proibizione della prova, venne sancita da Lodovico il pio (5), *ne quæ Christi passionis glorificata est, cuiuslibet temeritate contemptui habeatur*; lo stesso imperatore abolì pure, come si disse, la prova dell'acqua fredda, senza dubbio per ragioni di egual peso. Del resto il capitolare che aboliva la prova della croce, benchè riprodotto in Ansegiso e Benedetto, restò lettera morta, ed essa ricompare ancora fino oltre la metà del secolo (6): in seguito, nominata-

(1) Cfr. DU CANGE v. *Crux*.

(2) *Decretum Vermer.* (758-768?) 17. *Capit. Harist.*, 779, 10 (*formæ communis*). *Statuta Rhisp. Frising. Salisb.* (799-800) 46. Anche nelle *formulæ* dell'VIII secolo vediamo prescritta la prova della croce da sola: così *Form. Salicæ Bignon.* 13. *Noticia de cruce erindicata* (per rivendicazione d'immobili: ZEUMER, *Formulæ*, p. 232. *Form. Salicæ Merkel.*, 42 (a. 774-775, ZEUMER, p. 257).

(3) *Cap. legi Rib. add.*, 803, 4. *Cap. Kar. apud Anseg. servata* (810-811?) 5.

(4) *Cap. legibus addita*, 816, 1. *Item cap. legi addita*, 816, 1. *Cap. leg. addendo*, 818-819. 10. Nel primo capitolare indicato la croce è prescritta anche per le cause ecclesiastiche, nell'ultimo invece si ordina di ricorrere al duello, nonostante la natura della causa, quando una delle parti sia secolare.

(5) *Capit. Eccles.* (818-819) 27, riprodotto in ANSEGISO, I, 102, e BENEDETTO 228.

(6) *Divisio Imperii*, 830, 10. *Const. Papiensis altera*, 832, 30. *Laudæ. II.* *cap. excerpta*, a. 856, 12 (questi due ultimi passi ripetono le disposizioni dei *Cap. legi Rib. addita*, 803, 4), 13 ecc.

mente nelle costituzioni imperiali, non la si trova più. Del resto la miglior prova del poco favore incontrato della prova della croce è il non trovarla descritta nelle collezioni di giudizi di Dio. Anche in Italia, dove era stata introdotta dalla legislazione franca, credo non sia neppure nominata dai commentatori Ariprando ed Alberto.

Giuramento. Eucaristia. Per tutte le ordalie finora descritte, si formò fin dal XII secolo la denominazione di *purgationes vulgares*, colla quale si distinguono dalle *purgationes canonicae*, cioè dal giuramento e dalla prova dell'eucaristia. Qui sorge la questione, se queste due ultime *purgationes* siano giudizi di Dio, o non piuttosto un appello alla coscienza dell'accusato.

Altrove si è detto quali intimi legami congiungano il giuramento all'ordalia, tanto che non di rado il primo non si differenzia punto dalla seconda, ma, nella posizione che occupano queste due istituzioni nel processo germanico, ogni confusione è impossibile.

Perchè il giuramento non sia più un'ordalia, basta che venga meno la certezza nella visibile e non remota punizione dello spergiuro, ed è tanto vero che questa certezza manca in generale presso i Germani, che è permesso rifiutare il giuramento o impugnarlo di falsità, e ricorrere in entrambi i casi all'ordalia.

Perciò con estrema meraviglia vediamo Dahn (1) asserire che giuramento ed ordalia sono due specie di giudizio di Dio (*Gottesgericht*), fra cui vi è questa *grande differenza pratica* (2), che nel primo la divinità fa un miracolo per punire il colpevole, nella seconda perchè resti illeso l'innocente. Se così fosse, perchè mai sarebbero escluse dal giuramento categorie intiere di persone, che Dahn stesso, non so con quanta ragione (3), ri-

(1) *Deutsche Geschichte*, I, 241, 243.

(2) Se le idee di Dahn potessero accogliersi, questa *grande differenza* non avrebbe però in fondo alcuna importanza, perchè l'esito verrebbe ad essere sempre lo stesso.

(3) Infatti vediamo ammesso il giuramento dello straniero, per es. nella legge ribuarica xxxi, 5. Quanto all'esclusione dei poveri, essa non fu sancita in ogni caso che in epoca relativamente recente. (V. nel capitolo seguente la parte del diritto longobardo).

duce a quelle dei servi, stranieri, diffamati e poveri? E come si spiegherebbero i congiuratori? E come mai si potrebbe impugnare un giuramento, la cui veridicità sarebbe dimostrata di per sé nel non essere punito dagli Dei chi lo ha prestato? Del resto il Dahn afferma senza ombra di prova.

In generale, il giuramento di purgazione germanico non è dunque giudizio di Dio, nè lo diventa certo coll'essere accolto nel processo canonico (1), in cui l'onere della prova non incombe di regola generale all'accusato, ed il giuramento che egli deve prestare, quando non vi sono prove contro di lui, si può dire un di più per togliere ogni sospetto, e conservare quella *luctida sacerdotii dignitas* di cui parlano i canoni (2).

Con questo però non intendo punto dire che nell'Europa medievale manchino affatto esempi di giuramento, usato come giudizio di Dio, poichè, a renderlo tale, basta che nel caso specifico vi sia la fede nell'intervento della divinità, allo scopo di risolvere la questione.

Gli esempi di tal fatta da me conosciuti, si riferiscono tutti a giuramenti sulla tomba dei martiri (3), giuramenti che erano

(1) Sarebbe un errore seguire GLASSON (*Inst. de l'Angleterre*, I, 247) e ravvisare un giudizio di Dio nel giuramento prescritto nel catechismo di Egberto, vescovo di York (*in Ancient Laws and institutes of England. Monum. Eccles.* oppure in WILKINS *Conc. Britan.*, I, 72) quando un'ecclesiastico sia accusato *in nefundis facinoribus nullo existente evidenti argumento*, benchè si aggiunga: *et sic omnia dimittenda sunt iudicio Dei*. È questa un'espressione molto usata per indicare non l'ordalia, ma il giudizio arcano di Dio, il giudizio finale.

(2) C. 3, D. LXI. Vedi su tutto ciò HILDENBRAND, *Purgatio canonica ecc.* pag. 35 e seg. Questa opera è ancora la migliore sulla *purgatio canonica*, nonostante alcuni errori, prodotti in parte da difetto di materiali, ad esempio dall'essere allora ritenuto autentico il penitenziale dello Pseudo-Teodoro. Ad essa rimando per quanto si riferisce alla *purgatio canonica*, che non entra nel mio tema.

(3) Cfr. GREG. TURON., *In gloria martyrum*, I, 57, ed. cit., p. 527-528: (*iudicet illud beatus martyr Eugenius*) *De virtut. St. Jul.*, 19, ed. cit., p. 512. (*Ecce ad tumultum martyris, et quod sub sacramenti interpositione dixeris, discernat virtus sancta patroni*). *In gloria marty.*, cap. 38 (di cui nel testo). S. Gregorio (cit. negli atti del concilio di Meaux, cap. 10, in LABBE, IX, 947) *ad horum corpora ægri veniunt et sanantur, periurii veniunt et a demonio vexantur*: dove le ultime parole indicano certo il cadere in uno di quegli stati

usati fin dai primi tempi della chiesa, e che probabilmente, come dirò in appresso, sarebbero divenuti d'uso generale come veri e propri giudizi di Dio, se la civiltà germanica non avesse conservate altre forme, che per forza di consuetudine ebbero il sopravvento.

Oltre a casi isolati, il giuramento prestato ad esempio sulla tomba di S. Pancrazio, a Roma, si potrebbe dire, fino ad un certo punto, una vera ordalia locale, se quanto ne narra Gregorio di Tours, ci rappresenta le credenze allora generali.

Scriva infatti quest'autore: « ad cuius (St. Panchrati) sepul-
» chrum si cuiusquam mens insana iuramentum inane proferre
» voluerit, priusquam sepulchrum eius adeat, hoc est antequam
» usque ad cancellos, qui sub arcu habentur... accedat, statim
» aut accipitur a dæmone, aut cadens in pavimento amittit spi-
» ritum » (1).

Le leggi frisie danno talora al giuramento il nome di *ordala* (2); se veramente ne avesse il carattere non saprei.

Quanto alle varie formalità del giuramento non è compito nostro l'espore; solo ricorderò, che una delle forme più usate doveva essere il giuramento sulle armi, come è prescritto ancora nelle leggi longobarde, e che fu poi sostituito dal giuramento sulle reliquie dei martiri, e sugli evangeli (3).

patologici, che nel medio evo erano creduti proprii degli indemoniati. Gli atti del concilio citato spiegando *licet manifesto interdum vexari non videantur, iusto Dei iudicio a daemonibus arripiuntur*, cioè a dire commettono un gran peccato, tradiscono probabilmente il pensiero dell'autore. V. pure S. Agostino ep. 78, e Greg. Magno, ep. ii. 33, di cui diremo nel cap. ix.

(1) l. c., ed. cit., p. 512-513. Cfr. la *Vita di S. Pancrazio* nel leggendario del De VORAGINE.

(2) 33 *Landr. Rüstringer Text* in RICHTOFEN, *fries. Rechtsquellen*, pag. 77. Il giuramento sulle reliquie è spessissimo ricordato nel diritto frisio e nei documenti. Cfr. ad es. *Vetus ius fris. Const.* ix, xi, xviii, xxi ecc., in RICHTOFEN, *Untersuchungen 1^o Abth. 1^{er} Th.*, pag. 41 e seg. MEICHELBECH, *Op. cit.*, t. 1, p. 2, n. 364, 487.

(3) Le leggi longobarde conoscono due specie di giuramento; sull'evangelo e *ad arma sacra* a seconda dell'importanza della causa, v. *Ed. Rot.*, 359, 360 (*satisfacere aut ad evangelia aut ad arma*) e l'esposizione del *Lib. Papiens.* 367. In seguito il passo fu frainteso e nel *satisfacere ad arma* si vide

Passando ora all'eucaristia (1), noi dobbiamo venire alle stesse conclusioni formulate per il giuramento; di regola generale cioè essa non è giudizio di Dio, ma pare lo diventi in alcuni casi.

Certo più il nome che il fatto di giudizio di Dio troviamo in Gregorio di Tours, (*Hist. franc.*, x, 8), dove non si ha punto l'immediata punizione dello spergiuro.

Con maggior ragione si cita TRITHEMIUS, *Chron. Hirsaug.*, ad a. 1224:

« Et si aliter est quam dixi et iuravi, tunc hoc domini nostri corpus non pertranseat guttur meum, sed hæreat in fau-
cibus meis, strangulet me, suffocet me, ac interficiat me statim in momento », ma è questo autore molto posteriore.

Anche la prova sostenuta da papa Gregorio VII a Canossa avrebbe i caratteri d'un giudizio di Dio: « Ecce corpus domini-
nicum, quod sumpturus ero in experimentum mihi hodie fiat
innocentiæ meæ, ut omnipotens Deus suo me hodie iudicio
vel absolvat obiecti criminis suspicione, si innocens sum, vel
subitanea interimat mortem si reus » (2): qui però il fatto non

il duello (*Quest. et mon.*, 6, ix. Cfr. il prologo all'ed. di Eachi). Nei tempi pagani erano in uso anche altre forme di giuramento: così nel canto già citato dell'*Edda*, Gudrun offre tutti i giuramenti, ed altrove, parimenti nell'*Edda* (*Völundar-guida*, xxxi, (Hafnise 1787-1828), vol. 2°, p. 21) trovo questo passo notevole: « Juramenta mihi prius — Omnia præstato — Ad navis oram — Et ad clypei marginem — Ad equi armum — Et ad gladii aciem ». Amiano Marcellino ricorda pure il giuramento dei Quadi sulle armi, « quas pro numinibus colunt ».

(1) Sull'eucaristia scrisse B. HILSK (*Das Gottesurtheil der Abendmahlsprobe*, Berlin 1867) negandole il carattere di giudizio di Dio (cfr. KÄSEL, p. 59, n. 75), ma non ho potuto procurarmi la sua dissertazione.

(2) LAMBERT. HERSFELD. ad a. 1077 (PERTZ, *M. G. H. SS.* v. 259). Cfr. BERTHOLDUS in *annal.* 1077 (*Ibid.*, p. 289). HEFEL, *Conciliengesch.*, v, 97-98.

Inutilmente Hildenbrand p. 114 cita contro Bonizone, il quale non ricorda la purgazione del papa, ma solo il giuramento dell'imperatore. Basta infatti leggerne la lettera per vedere che egli non era né presente né ben informato: *sunt vero nonnulli qui dicunt eum* (l'imperatore) *citam et membrum et suum honorem papæ iurasse. Ego vero quod ignoro, omnino non affirmo.* (BONITHONIS SOTBIENSIS, *epist. ad Amicum*, viii, in *Monum. Gregoriana*, ed. PHIL. JAFFÉ, p. 672. (*Bibl. rerum germanicarum*, t. II, Berol. 1865). V. però PRUDOM-HARTUNG, *Beitr. zur Kritik von Bonizo, Lambert und Berthold. Das Abendmahl in Canossa.* n. *Archiv. f. ält. d. Geschichtskunde*, xiii, 1888, p. 337.

è certo e d'altra parte resterebbe a vedere, se alle parole corrispondeva realmente la fede nell'intervento divino.

A toglierci però ogni dubbio vale un'invocazione per la prova dell'Eucaristia, pubblicata da Mansi da un codice lucchese dell'XI sec. e che credo non ancora citata: « Suppliciter.... fundimus preces ut hoc venerabile Filii tui corpus.... hic sacerdos illum si hoc crimine, quod ei obicitur est turpiter culpabilis, nequeat sumere.... » (1).

Del resto anche Graziano (C. II, q. 5, v. P. e c. 23) pare accolga l'eucaristia fra i giudizi di Dio, e lo seguirono in ciò tutti, o quasi, gli scrittori fino ad Hildenbrand, il quale sostenne invece che l'eucaristia, quando non serve semplicemente di preparazione alle altre ordalie, è usata, specialmente dagli ecclesiastici, invece del giuramento di purgazione, ed in modo affatto analogo ad esso (2). Lo combattè Dahn (3) citando Tritemio e Lamberto Hersfeldense, ma egli evidentemente cade con ciò in contraddizione flagrante, sostenendo d'altra parte che nel giudizio di Dio, la divinità deve agire come testimone o giudice, non punire essa stessa il colpevole, ed escludendo in base a ciò il giuramento dal numero delle ordalie, anche quando vi sia la fede nell'immediato castigo dello spergiuro. Inutilmente Dahn si sforza di contorcere il senso naturale del passo di Tritemio, sofisticando sulle parole *hæreat in faucibus meis*, in cui vuol vedere una specie di *judicium offæ*. Le parole seguenti: *ac interficiat me statim in momento*, non lasciano dubbio sugli effetti della prova. Ciononostante Dahn (p. 18-19) scrive: l'effetto (dell'eucaristia) è evidentemente solo segno non pena, e se anche *in seguito* vi si aggiunge il momento della pena, non si distrugge con ciò la natura d'ordalia dell'altro elemento (4). Con questo ragionamento

(1) BALUTI, *Miscell.* (ed. MANSI) 1761, t. II, p. 575 (App.).

(2) Così ad es. nella *Lex eccles. Canuti regis (anc. Laws and Inst. of England)*, p. 155). Anche i *consacramentales* trovano il loro corrispondente in tre o sette compagni dell'accusato, che si comunicano con lui.

(3) *Gottesurth.*, p. 16 seq.

(4) *Gottesurth.*, p. 13 seq. Contra PRALL, p. 15, n. 19. Anche WAITZ, *Verfassungsgesch.* IV, 429 e n. 3 e PERTILE, o. c., VI, 362, n. 60 ammettono che l'Eucaristia sia stata usata come ordalia.

si vuol distinguere un primo momento in cui non si può trangugiar l'ostia, ed un secondo in cui avviene la morte, ma evidentemente il secondo è effetto del primo, e lo *statim in momento* si oppone ad ogni distinzione. D'altra parte, nel secondo esempio troviamo solo *subitanea intermat morte si reus*, e nessun accenno al non poter trangugiare l'ostia.

Notiamo ancora per finire, che Grimm crede alla derivazione della prova dell'eucaristia dal *judicium offæ*, combattuto in ciò, parmi non senza ragione, da Wilda (1); è però certo, e lo dimostra specialmente il passo da me citato, che il *judicium offæ* dovette talora esercitare influenza sulla prova analoga dell'eucaristia, accanto alla quale continuò del resto a sussistere.

Quanto all'opinione espressa recentemente da Kaegi (2), secondo il quale la prova dell'eucaristia *non sarebbe d'origine cristiana*, ma dovrebbe invece ritenersi una trasformazione di un'antica prova pagana (*eine christliche Umgestaltung älterer Proceduren*), essa non è che un'esagerazione dell'ipotesi di Grimm.

Prova della zolla (3) (*ganga undir iardarmen*). — Questa prova consiste nel passare sotto ad una zolla staccata per modo, che le due estremità siano ancora unite al suolo e tenuta elevata per mezzo di lancia; la prova era mancata se la zolla cadeva. Il *ganga undir iardarmen*, come lo prova già il nome, è esclusivamente usato fra i Germani del Nord, e, se non erro, è indicato come ordalia in una sola fonte, cioè nel capitolo 18 della *Laxdœlasaga* (4). Più spesso lo troviamo fra le solennità dell'affratellamento, ed in genere per la conclusione di convenzioni (5).

(1) GRIMM, R. A., 932. WILDA, *Ordalien*, 459.

(2) Op. cit., p. 59, n. 7.

(3) Cfr. MAURER, *Altnord. Gottesurth. in Germania N. R.*, VII, (1874) p. 146 seq. *Bekehrung des norwæg. Stammes zum Christenthum*, 1856, II, 170, n. 80, 223; MÜLLER, *de vi formulæ « at ganga etc. »* nell'ediz. del LAXDÆLA, p. 395-400. Vedi pure TAMASSIA, *Affratellamento*, pag. 11, 15 seq. DANN, *Gottesurth.*, pag. 39-40. PFALZ, p. 11.

(4) Ed., Copenhagen 1826, *sumpt. leg. Magnæani*, pag. 59-61.

(5) Vedi per le fonti MAURER, *Gottesurth.*, p. 146, n. 31, 32. Cfr. GRIMM, R. A., 119. TAMASSIA, I. c. Müller e Grimm considerarono questo passare sotto la zolla,

Il racconto della *Laxdælasaga* si riferisce al secolo decimo; essendo morti più congiunti in un naufragio, l'unico superstite, corrotto da uno degli eredi, narra il fatto in modo da far pervenire a questi l'intera eredità: ma gli altri parenti non prestano fede, ed allora l'erede favorito offre la prova in questione, e riesce a turbarne l'esito, facendo rovesciare la zolla da due, che fingevano una rissa.

Ora Maurer si domanda quale sia il momento comune che si riscontra nei vari modi, in cui è usata questa prova, e crede di trovarlo in ciò che essa confermava il giuramento prestato; quindi, mentre nelle ordalie germaniche la divinità era chiamata a scoprire un fatto passato, la prova della zolla si riferirebbe esclusivamente « alla purezza del giuramento prestato avanti o durante la prova » e per nulla al fatto in sè. Perciò, continua ancora il Maurer, la prova della zolla si applica in un campo molto più esteso di quello delle altre ordalie, perchè serve a controllare il giuramento assertorio, come il promissorio, tanto quello delle parti, quanto quello dei testimoni (1); viceversa però essa non è ammissibile, se non quando lo è pure il giuramento, non lo sarebbe quindi per la ricerca della paternità (per la quale appare così frequente l'uso dell'ordalia nel diritto nordico). In somma, la prova della zolla avrebbe uno scopo analogo a quello dei congiuratori.

Quantunque a prima vista abbiano tutta l'apparenza di verità, le osservazioni di Maurer, a ben ponderarle, non mi paiono punto persuadenti.

Nulla ci obbliga a supporre che la prova della zolla debba esclusivamente servire a controllare il giuramento, e che in ciò stia appunto la sua caratteristica. Per me invece il momento che si rivela costantemente in qualsiasi sua applicazione, è la fede nell'intervento della divinità a dare il suo responso sulla

come una umiliazione dell'uomo che giura davanti alla divinità. PAPPENHEIM (*Die altdänischen Schutzgilden*, 1885, p. 32, cit. da TAMASSIA) crede invece che col l'arco di terra si simboleggiasse l'origine comune degli affratellati, che si fin-
gono usciti dal grembo della terra. Ma allora come spiegare l'ordalia?

(1) Così pure Tamassia, p. 16.

questione; nulla poi vieta che questa versi intorno ad un fatto o sulle disposizioni d'animo di chi sta per concludere una convenzione qualsiasi, solo in questo secondo caso, invece di una ordalia abbiamo un oracolo, od un auspicio. E qui va ricordato un passo già citato delle istituzioni di Narada, che ci svela un fenomeno assolutamente analogo presso gli Indiani (1). Del resto nella *Laxdæla-saga* non interviene punto il giuramento da parte del narratore, nè appare, che egli debba sostenere la prova, offerta dall'erede.

In mancanza di prove in contrario, ritengo adunque che l'ordalia della zolla fosse usata come mezzo di prova, precisamente come i giudizi di Dio dei Germani del Sud.

Il trovare così scarse tracce di questa ordalia, si spiega poi col fatto, che essa dovette scomparire coll'introduzione del cristianesimo. Grimm segnala però un'usanza analoga, consistente nel passare sotto un bastone, che si sarebbe conservata nel villaggio di Mandeure presso Mûnpelgard (2).

Hexenbad (bagno delle streghe) e *bilancia*. — Incidentalmente ho già ricordata la prova dell'acqua fredda usata per scoprire le streghe. Dahn (3) la paragonò al giudizio della bara, in quanto sarebbe più che altro mezzo d'inquisizione e non vera ordalia; per noi tale ragione non basta, poichè abbiamo visto che talora le ordalie servono appunto come mezzo di scoprire il colpevole (4), ma ben più gravi motivi troviamo per escludere il bagno delle streghe dal novero delle ordalie, in ciò che, non appena esso si distingue dalla prova comune dell'acqua fredda, pare si basi generalmente sulla credenza del minor peso delle streghe, non sulla fede nell'intervento divino. Per contro, finchè questa fede perdura, restiamo sempre nel campo dell'antica ordalia.

Su questo punto, e sull'efficacia della prova si ebbero del resto opinioni contraddittorie fin dal xvi secolo. Così, mentre

(1) Cfr. sopra pag. 99, n. 1.

(2) *R. A.*, 932. Non è però detto che il bastone dovesse cadere, e perciò la prova ha perduto il carattere di giudizio di Dio.

(3) *Gottesurth*. p. 12, nota 2.

(4) V. sopra pag. 184, 192, n. 3, 200, 204.

Giacomo I considera la prova quasi come giudizio di Dio, già nel 1595 il preside ed i consiglieri della Suprema Curia d'Olanda domandavano ai professori della Università di Leida « num la- » miis, sagis, sortilegis vel veneficis a prava illarum arte, aut » nefanda exercitatione *hoc peculiariter insti* ut... aquæ inna- » tantes peculiari quadam vi ab ea respuantur, nec admittantur, » vel num aliqua alia naturalis huic rei causa subsit » (1). La risposta fu negativa.

Dal *bagno delle streghe*, giustificato colla teoria del loro minor peso, nacque razionalmente la prova della bilancia, che Del Rio chiama *inventum plane recens*. Essa non è un'ordalia, e non ci deve trarre in errore il raffronto colla nota prova della bilancia indiana, poichè il concetto ne è affatto diverso. In Europa infatti la persona sospetta è pesata, e ritenuta colpevole, se il peso appare sproporzionato ed inferiore al normale. Si noti che spesso la bilancia è usata dopo la prova dell'acqua, quasi a controllarla; così avvenne nel processo famoso di Se-

(1) SANDIFORT, pag. 35, n. 22. Giacomo I invece scrive: « ut in omicidio occulto » sanguis e cadavere, tangente omicida, erumpit, quod Deus, *præter na- » ture ordinem*, voluit esso secretæ immanitatis indicium; sic non naturæ ope, » sed *divina voluntate* institutum videtur prodigiose impietatis signum... tam- » quam aqua suum in sinum eos non admitteret, qui, excussa baptismi aqua, » se omni illius sacramenti beneficio ultro orbarunt ». (*Dæmon*, III, 6. Opera, 1619, p. 125). Inoltre sono favorevoli alla prova BALDUINUS RONSEUS, *Epist. Med.*, 51, pag. 183 (che la chiama *certum admodum et indubitatum ad dignoscendas sortilegas experimentum*). G. A. SCRIBONIUS, *De natura ac potestate sagarum etc.* (in BAYLE, *Œuvres diverses*, I, 615).

Vedi per contro MARTIN DEL RIO, *Disquis. Magic.*, I. IV, q. v, (1616, p. 633-657). BODINO, *Dæmon.*, I. 4. cap. 4. WIER, (che Giacomo I accusa addirittura di stregonaccio) *De Magorum pœnis*, I. VI, cap. 9, ecc. Nel 1636, i predicatori di Santa Maria di Osnabrück protestarono contro un decreto del magistrato della città, che aveva ordinata la prova dell'acqua per le streghe, e ciò diede luogo a gravi controversie, come si può vedere in MAIER pag. 106. In seguito una vigorosa confutazione della prova, ed in generale dei processi delle streghe fu composta dal celebre CRIST. THOMASIIUS (*kurze Lehrsätze von dem Laster der Zauberei*, 1703). Cionostante il bagno delle streghe continuava ad essere in uso, onde verso la metà del secolo scorso Hanow doveva ancora combatterlo in una dissertazione. (Cfr. MAIER, p. 106, n. 90, e la sua breve *Bibliographia* a p. 99).

ghedino, dove nel 1728 furono bruciate vive tredici persone, che gettate nell'acqua erano rimaste a galla *lebissimi subertis inslar*, e poi pesate, non avevano superato il peso di mezza oncia, benchè si trattasse di *homines obesos qui diu rentres pastu sagnaverant* (1).

A titolo di curiosità, riporterò ancora una notizia, che trovo nello strano libro delle *Lezioni memorabili* di Giovanni Wolf, e che si riferisce ad una prova della bilancia usata nel XIV secolo, per conoscere se si era ottenuto il perdono dei propri peccati. Egli scrive: « In ipsis templi (Wilsnacensis) adytis pende » bat lanx... in quam exteri huc peregrinantes collocari solebant, » sacrificulis asserentibus per eam multitudinem peccatorum ex » plorari posse » (2). Dall'altra parte si poneva l'offerta, qualunque essa si fosse, del pellegrino, il quale era certo dell'assoluzione, se la bilancia traboccava.

« De his fictis miraculis », aggiunge l'autore citato, « scripsit » a. D. 1400 Dr. Joh. Wünschelbergius (riprovandoli)..... Idem » fecit Henricus Token, canonicus Magdeburgensis ».

Judicium caldarit pendentis, panis pendentis, Psallerii etc.

L'esistenza di questa forma di giudizio di Dio, trascurata, se non erro, da tutti gli storici del Diritto, ci è rivelata dagli *ordines iudiciorum Dei*, di cui lo Zeumer ha dato, or non è molto, una bellissima edizione (3).

(1) Così un giornale dell'epoca: *Comment. rerum toto terrarum orbe gestarum*, 13 settembre 1728. L'esecuzione era avvenuta ai 23 d'agosto. (SARDI-FORT, p. 32, n. a). Vedi anche un'altra relazione pure contemporanea, e non meno esagerata in BÖRMER (*Jus. eccles. Protest.*, tom. v, lib. v, tit. 35, s. 17, p. 608 e MAIER, p. 108).

(2) JOH. WOLFF J. C., *Lectionum memorabilium et reconditarum cent. xvi. Lavingsæ*, 1600. vol. 1, p. 690.

(3) *Formulae Merovingici et Karolini Aevi*, ed. ZEUMER (M. G. H. *Legum sectio v*) 1886, pag. 599-722. Gli *ordines* vi sono divisi in due sezioni A e B, contenenti la prima gli *ordines ad singulas probationes spectantes*, la seconda le *collectiones iudiciorum Dei*. Lo Zeumer, oltre ad alcuni *ordines inediti*, riprodusse quanti prima se ne erano stampati, nominatamente da Baluzio, Martene, Lindenbrogius e Rozière, che si riferissero all'impero franco. Di regola sono quindi esclusi i formulari anglici.

Il giudizio della caldaia pendente, consisteva nel sospendere un *caldartum sive urceolum* ripieno d'acqua e pronunciare certe preghiere. Se l'accusato è colpevole, l'acqua deve agitarsi e la caldaia girare. Questa prova è descritta in un codice Sangualese dell'816, come usata da sola (1), invece in quattro altri codici dall'XI al XIII secolo appare usata cumulativamente colla prova dell'acqua bollente (2), senza che risulti se le due prove erano necessarie, o se alla seconda si ricorreva solo quando la prima non riuscisse favorevole all'accusato.

Il *iudicium panis* (*pendentis, ordaceti ecc.*) è descritto in parecchi codici dal principio del sec. IX al XIV (3); eccone la descrizione secondo il codice più recente:

« Cocto autem pane, accipiat presbiter et ponat retro altare »
 » et celebret missam, que illo die fuerit. Finita missa, faciat
 » crucem in medio panis et in medietate crucis mittat fustum,
 » et in summitate fusi vertiginem, et reponat presbiter apud
 » se, quamdiu panis imputribilis sit. Cum vero aliquis accusatur
 » in crimine furti, vel fornicationis, vel homicidii, et venerit
 » coram sacerdote, accipiat sacerdos benedictum panem, et det
 » duobus fidelibus viris, ut per vertiginem pendet inter duos
 » illos iudices, et dicat hanc coniurationem. Et si ille culpabilis
 » est turnatur, si inculpabilis, non movetur quicquam ».

Da uno degli *Ordines* (A. 27) si potrebbe dedurre, che invece del pane, si usasse anche il formaggio, come nel *iudicium offæ*.

Il *iudicium libri* (*Psalterii*) è descritto in due codici del XII secolo, l'uno francese, l'altro tedesco; eccolo secondo quest'ultimo (4):

« Fiat lignum unum cum capitello, quod mittatur in Psalterio
 » super versiculum illum: Justus es, Domine, et rectum iudicium
 » tuum, et clauso psalterio, fortiter stringatur, capitello extra
 » prominente. Aliud quoque lignum aptetur perforatum, in quo

(1) *Ordines*, A. 4.

(2) *Ordines*, A. 5. B. v. 1. Tutti i quattro codici provengono da monasteri o chiese tedesche.

(3) *Ordines*, A. 26-28. B. xvii, 6.

(4) *Ordines*, B. xii, 4.

» capitellum prioris mittatur, ita quod in eo pendeat psalterium,
 » et volvi possit. Teneant autem duo lignum, psalterio in medio
 » pendente, et statuatur is de quo suspitio est ante eos. Et dicat
 » unus ex illis, qui tenet psalterium, ad alterum ter hoc modo:
 » Hic habet rem. Alter respondeat ter: Non habet. Deinde dicat
 » presbyter: Hoc nobis manifestare dignetur, cuius iudicio ce-
 » lestia et terrestria reguntur etc.» (1).

Come si vede, le tre prove ora ricordate hanno fra loro grandissima analogia, come l'hanno tutta colla divinazione antichissima del crivello e delle forbici, di cui abbiamo già fatta più volte menzione.

Si può anche supporre che alcune forme di divinazione, ad es. quella ora ricordata, abbiano rivestito talora i caratteri di giudizio di Dio, però non le trovo ricordate specialmente dai giuristi, se non come pratiche popolari e poco lodevoli, dalle quali, tutt'al più, si possono trarre nei delitti più gravi indizi per l'inquisizione (2).

(1) Il cod. frances. (A. 33) non presenta differenze notevoli: « ... On delt lon
 » prendre une rotele et ensinsunt en un fust et metre le mance enz el livre
 » et lier bien, que non chidet, et puis prendre le livre par la rotele a deux deenz
 » et ius prendre ». Questo formulario corrotto e molto oscuro era stato già pubblicato da DELSER, e poi da FÖRSTER e KOSCHWITZ, *Altfranz. Übungsbuch*, I, 161 seq.

(2) Baldo in un suo consiglio che comincia colle parole: *quia questio ista de tortura ecc.* (citato da Fr. Bruno, Ippolito de Marsiliis, Blancus, ecc.) dice che è permesso ricorrere anche alle *incantationes demonum* per scoprire i colpevoli, quando non vi sia altro mezzo, poichè si può talora *maleficium tollere per aliud maleficium*; tutto ciò appoggiandosi a Gio. di Rix, *Summa Confessorum. rubr. de impedimento ligaminis*. FRANCESCO BRUNO (*De indicibus et tortura*, P. I, q. 3, n. 35-36 in *Volumen ecc.*, p. 293), in base a ciò, ammette l'uso della divinazione nei casi gravi, e come base per l'inquisizione non per la tortura. La sua opinione è seguita da Ippolito de Marsiliis, *Practica*, § *diligenter*, n. 181 (ed. cit., p. 53). Ma Blancus, citando Giovanni Andreæ e il Panormitano, è assolutamente contrario alla divinazione, e così pure Fr. CARONIUS, (*Tract.*, x, cap. 10 *Volumen ecc.*, p. 359), il quale però c'informa che molti giudici, seguendo Baldo, procedevano senz'altro alla tortura dietro i dati della divinazione. Quanto ai modi, Bruno afferma di aver egli stesso assistito a tali *incantationes in quadam fiala, vel cum forpibibus et cribro*.

Per finire la serie dei giudizi di Dio, ricordiamo ancora la prova prescritta (1) per gli Ebrei in un codice del secolo XI, che falsamente la dice tratta *ex decretis Karoli imperatoris*:

« Judeo... circulus ex rubo in collo imponatur, et stanti genua » vinciantur, eique virga ex rubo quinque habens cubitos manuales aculeis plena, dum sacramenti finem fecerit, inter coxas » acerrime pertrahatur; et taliter se exoniet si sanus evaserit ».

Tale procedura feroce è prescritta nelle controversie fra ebrei e cristiani; agli ebrei fra di loro è permesso seguire la legge giudaica.

Di altre prove leggendarie, od aventi carattere più di miracolo che di giudizio di Dio non mette conto di occuparci (2). Osserviamo solo, che qualunque mezzo di divinazione, qualunque prova diventa giudizio di Dio, se applicata alla risoluzione di una questione giuridica, colla ferma convinzione di ottenere per tal modo la decisione della divinità.

Alcune superstizioni, come la *provocatio ad tribunal Dei*, non rara nel medio Evo (3), non vanno annoverate fra i giudizi di Dio, solo perchè da un canto non v'è la fede certa nella loro efficacia, dall'altro lo scopo non si può dire d'ordine giuridico, ma è invece piuttosto d'ordine morale o religioso.

(1) Ordines, B. 1 (7). *Capitularia*, ed. BORETIUS, p. 259. V. per contro *Preceptum Judæorum in Form. Imper. e curia Ludov. Pii*, 30. (ZEUMER, *Form.*, p. 310): *et nullatenus volumus ut prædictos Judæos ad nullum iudicium examinandum (l. examinatus) id est nec ad ignem, nec ad aquam calidam seu etiam ad flagellum nisi (l. sed) liceat eis secundum illorum legem vivere vel ducere.* Cfr. anche WAITZ, *Verfassungsg.*, IV, 34; BRUNNER, *Zeugen- und Inquisitionsverfahren*, 108; D. RG. I. 276; SIMSON, *Ludwig der Fr.*, I, 393.

(2) Ho già ricordata la *bocca di verità*: vedi anche in Iwan de Beka (Du Cange, s. v. *iudicium*) la prova usata contro un simoniac, e consistente nel dire: *gloria patri et filio et spiritui sancto. (Cesset humanum iudicium, producatur ecce divinum oraculum etc.)*.

(3) Ricordo il celebre esempio di Giacomo di Molay, ultimo gran maestro dei Templari (a. 1313), il quale, prima del suo supplizio, citò Filippo il Bello e papa Clemente V a comparire, il primo entro un anno, il secondo fra quindici giorni, davanti al tribunale divino. In Svizzera tale specie di citazione è pure assai frequente fino al XVII secolo, sotto il nome di citazione alla valle di Giosafat. Le dedicò un capitolo OSERBROGEM, *d. R.A. aus der Schweiz* (XVIII), fasc. 2°, p. 38-40.

CAPITOLO OTTAVO

—

**Uso del giudizio di Dio,
e suoi rapporti cogli altri mezzi di prova
del processo germanico (1).**

1. — La questione di cui abbiamo ora ad occuparci, e che è, come ognuno vede, d'importanza capitale, presenta gravissime difficoltà, perchè intimamente connessa con tutta la dottrina della prova, che diede luogo alle ipotesi le più disparate.

Poichè il giudizio di Dio nel diritto germanico è essenzialmente un mezzo di discolpa o di prova per il convenuto (2), non potremo ben comprenderne la posizione senza aver prima risolte due questioni capitali, intorno alle quali si riannodano tutte le altre, esaminando a chi spetti l'onere, ed insieme, il diritto alla prova (3), e se il giudizio di Dio sia veramente un mezzo sussidiario, al quale si ricorre solo quando non è ammesso il giuramento.

Nell'esaminare questi due punti dobbiamo sempre aver presente che i vari diritti barbarici dalla legge salica, che conserva meglio d'ogni altra (4) l'antico sistema di prove, alla visigotica, che se ne scosta immensamente, benchè partiti dagli stessi principi, si allontanano tutti da ciò che dovette essere in tempi

(1) Per la bibliografia générale vedi il precedente capitolo vii, (pag. 164).

(2) Del duello, di cui Löning afferma il contrario dirò fra breve.

(3) SIEGEL, p. 167. WAITZ D. V G. I., 442-43. Sarebbe un'esagerazione affermare con GENGLER (D. RG., p. 400, n. 24) e con altri che l'antico processo germanico conosce solo il diritto alla prova, non l'obbligo. (Nur ein solches germanico conosce solo il diritto alla prova, non l'obbligo. (Nur ein solches (das Beweisrecht) keine Beweispflicht kennt der altdeutsche Prozess).

(4) Così anche SORM, *Ensth. der Lex Rib.* in *Zeitschr. für Rg.* v. 403 seq. Tale non è però l'opinione comune, come vedremo a suo luogo.

preistorici forse non remoti il diritto comune, e ciò in ragione dello svolgimento particolare che ogni popolo diede alle sue istituzioni, e dell'influenza esercitata dalla civiltà romana e cristiana.

Risalire al diritto primitivo appare perciò il miglior mezzo per ben comprendere i diritti particolari, riconoscere ciò che essi hanno ancora di comune, ed afferrare l'indirizzo nel quale procedettero, e, forse, le cause che lo determinarono.

Dopo aver riassunte le opinioni principali sull'argomento, noi tenderemo adunque di ricostruire l'antico sistema di prove, non senza dissimularci fin d'ora che non di rado le ipotesi dovranno supplire alla mancanza di notizie sui tempi anteriori alle invasioni, ed alla insufficienza delle disposizioni delle leggi barbariche, le quali lasciano che le prove siano regolate in gran parte dalla consuetudine, e forse, nei tempi più antichi, dalla convenzione delle parti. In seguito esamineremo il più brevemente possibile le singole leggi barbariche.

2. — Incominciando adunque dalla prima delle questioni proposte, a chi spetti la prova, lasciando da parte l'opinione omai abbandonata ed insostenibile sulla mancanza di prove, che caratterizzerebbe, secondo Rogge, il processo germanico, possiamo raggruppare le varie teorie, che trovano sostenitori fra gli autori recenti, in cinque categorie, che quasi esauriscono tutte le ipotesi possibili.

Una prima categoria può far capo a Montesquieu, il quale, fatta eccezione per la legge salica, ammise che le leggi barbariche non conoscevano che prove *negative* come egli le chiama, per cui l'accusato nega il fatto addebitatogli. Queste prove potevano convenire solo ad un popolo *qui avait de la simplicité et une certaine candeur naturelle*. Il duello serviva però di correttivo (1).

Sachsse, e, dopo lui, Walter, Siegel, Dahn, Pertile, Morpurgo ed altri (2), elaborarono meglio questa teoria, il cui principio

(1) *Esprit des loix*. Genève 1749, lib. 28, cap. 13-14.

(2) SACHSSE, *Das Beweisverfahren nach deutschem Recht*, 1855, p. 216 seq.
WALTER D. R. G. II, 321 seq. PERTILE, *Storia del D. italiano*, VI, 322 seq. SCHULER-

fondamentale starebbe nella fede nella veridicità dell'uomo libero, che d'altra parte si presume conosca meglio di qualsiasi altra persona ciò che egli ha fatto, o non. E ciò che esprimono le leggi normanne nel seguente passo: « nemo enim tamquam » actor ad alienum factum probandum debet admitti: facti pro- » prii unusquisque præsimitur scire veritatem » (1).

Però in alcuni casi, osservò il Walter, queste ragioni in favore del giuramento dell'accusato non militano più e l'affermazione dei testimoni ha maggiori probabilità di verità. Questi casi, del resto affatto eccezionali, secondo l'autore citato si riducono a questi:

1° Quando la prova verte sull'azione di un terzo, non dell'accusato, o si tratta di un semplice fatto, come ad esempio il possesso.

2° Quando i testimoni furono espressamente richiesti per presenziare ad un affare.

3° Quando il fatto da provarsi avvenne davanti al Tribunale, cosicchè gli Scabini (Schöffen) stessi ne fanno testimonianza.

4° Quando il reo fu sorpreso in flagrante.

Un'altra teoria fu formulata dall'Eichhorn con queste parole: « L'attore poteva provare la sua azione per mezzo del giuramento coi congiuratori, o con testimoni, o documenti.... Questo accadeva però solo se il convenuto non la respingeva mediante la prova della sua innocenza » (2).

Questa teoria si differenzia dalla prima in ciò, che secondo essa, l'accusato non è tenuto alla prova, e se vi rinunzi, ne trasmette il diritto all'attore.

LABLOY, D. R. G., p. 161 seq. BETHMANN-HOLLWEG, Cpr. IV, 35 seq. V. KRIES, *Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters*, p. 68. LONDON, *Die Anfangsklage*, pag. 104 seq. ecc. WAITZ, *Verfassungsgesch.*, I, 442 seq. DAUN, *Deutsche Geschichte*, I, 240-241. MORPURGO, *Sui congiuratori del D. Germanico in Arch. Giuridico*, vol. XII, 1874, p. 190. SIBBEL, *Gerichtsverfahren*, p. 167 seq. La base della procedura sta per lui nell'*edlen männlichen Sinneweise* degli antichi tedeschi, per i quali la parola di un libero aveva tale peso e significato, che ripugnava chiedere dopo di essa una prova (p. 169).

(1) *Leg. Norm.* II, 62-63 (cit. da MORPURGO). Cfr. *Extrac. VII I. Salic.*, ed. MERKEL, p. 101.

(2) EICHHORN, *D. S. und Rg.* I, 444-45.

L'Eichhorn si basa sulla *Lex Baturo*. 16, 1 (17, 2), ma, pur tralasciando che un solo passo delle leggi bavare, sarebbe poca cosa per basarvi una teoria, l'interpretazione ne è affatto erronea, probabilmente perchè l'A. trovando le parole « *si autem suum voluerit vindicare illum agrum* », non osservò che esse si riferiscono al convenuto quale usurpatore, che eccepisce di essere proprietario. In fatti esso in seguito è detto *defensor* e l'avversario *ille qui querit*.

Hillebrand e Schulte ripetono precisamente il concetto di Eichhorn e quasi nella stessa forma (1).

La terza teoria che mi pare in diretta opposizione colle fonti, fa una parte molto più larga alla prova dell'attore; la trovo chiaramente enunciata da uno scrittore del secolo scorso, B. Schmidt: « (maiores nostri) actores intentionis suæ fundamentum, ...et reo suam exceptionem probare iniungebant, qui actus probatio dicebatur, qua iudici de facto dubio fides legitima fit... Apud veteres Germanos... onus probandi non tantum actori sed et reo incumbibat... nam apud illos (francos, aliosque germanicæ originis populos) utraque pars testes producere potuit, qui audiebantur et sic in rei veritatem inquirebatur » (2).

Accanto alla *probatio* vi era pure la *purgatio*, quæ fuit modum veritatem per prodigium aliquod eruendi, ma ad essa si ricorreva quando l'accusato doveva iustam amovere suspicionem, in quam adductus fuit.

(1) HILLEBRAND, *Lehrb. der d. S. u. R. G.*, pag. 150 seq. (citando Eichhorn o la legge bavara). SCHULTE, *Lehrb. der d. R. u. R. G.*, p. 435. « L'accusatore ha diritto alla prova, se il convenuto non si difende, o non lo fa in modo conveniente ».

(2) *Principia iuris germanici antiquissimi ecc.* Norimberga 1756. Tit. x, § 1, 3, p. 782 seq. Io Schmidt fa però eccezione per gli Svevi, che imponevano l'onus probandi al solo attore, e per i Sassoni presso cui la *probatio* o la *purgatio* incombeva solo al convenuto, salvo *si lis ac disceptatio de actu in iudicio gesto obmota esset*. (*Ius prov. Sax.* 1, 7, 18. *Ius prov. suec.*, 254). Si noti che la parola *exceptio* nel passo citato non è presa nel senso ristretto, che si è soliti darle, bensì opposta alla *intentio* per comprendere ogni risposta del convenuto, anche la semplice negativa.

Quantunque differisca in alcuni punti, possiamo riunire alla teoria di Schmidt, quella di Unger (1), per il quale il principio della prova dell'antico diritto germanico si basa sulla perfetta eguaglianza delle parti egualmente degne di fede, laonde l'essere attore o convenuto non doveva recare nessun vantaggio o danno.

Perciò « il giuramento dell'attore veniva respinto da quello del convenuto, la testimonianza dei vicini da quella di un egual numero di altri vicini (2). Si potevano anche opporre *conjuratores* e testimoni, ed un numero minore di testimoni equivaleva secondo le circostanze ad un numero maggiore di congiuratori ».

Quando le prove da ambo le parti si erano per tal modo controbilanciate, non restava che il duello od un giudizio di Dio, che originariamente teneva luogo del duello per quelle persone, che per qualsiasi causa non potevano combattere.

La quarta teoria, quella di Löning, è perfettamente contrapposta all'ipotesi di Eichhorn. « Se l'accusato, scrive Löning (3), nega il fatto imputatogli, spetta in prima linea all'attore di provare il fondamento reale della sua accusa... con motivi obbiettivi; se egli tralascia di dare in tal modo la prova, spetta all'accusato... purgarsi col giuramento ».

Quantunque difesa dal Löning con molta scienza ed acutezza, la sua tesi non ha incontrato favore (4); la credo infatti insostenibile soprattutto nel campo delle *leges barbarorum*, come vedremo specialmente per alcune di esse.

(1) UNGER, *Zweikampf*, p. 20-23.

(2) Qui va anche citato Schuler-Libloy, il quale, pur ammettendo che al convenuto spettasse d'ordinario la purgazione per mezzo del giuramento, crede che spesso l'attore potesse opporre il proprio giuramento con un numero maggiore di congiuratori; così se l'accusato ha giurato con due congiuratori, l'accusatore giura con sei; l'accusato alla sua volta può opporre un giuramento *duodecima manu*, che non sempre si può superare. Per Eichhorn invece, ogni qualvolta si vuol distruggere la prova dell'avversario, si ricorre al duello con esso, o coi suoi testimoni, o congiuratori.

(3) *Reinigungseid*, p. 12.

(4) Cfr. BRUNNER, D. R. G. p. 181, n. 13. LONDON, *Die Anfängsklage*, p. 106-108, n. 5.

Si noti poi, che quantunque formulata per la prova nelle azioni penali, la teoria ricordata, si dovrebbe pure estendere ad ogni altro caso, poichè il Löning è fra coloro che reputano non esistere uno speciale processo penale nel diritto medievale, tanto da far appunto al Kries di aver intitolata la nota sua opera: *La prova nel processo penale del Medioevo* (1). Inoltre Laband, precursore in parte di Löning, come quest'ultimo stesso afferma, già aveva sostenuto che nelle azioni reali il giuramento del convenuto non era punto il mezzo ordinario e principale di prova (2).

Altri precursori, tanto numerosi quanto valenti, ha poi il Löning nel campo ristretto della legge salica, dal Montesquieu, (il quale giunge fino ad imporre regolarmente l'onere della prova al solo attore), al Bethmann-Hollweg, Pardessus e Thonissen. Ma di essi diremo, parlando specialmente del diritto salico.

Resta l'ultima teoria, quella di Grimm, che si basa sopra una duplice distinzione. « Nelle materie civili, scrive egli, si provava mediante testimoni e documenti, nelle penali col giuramento, i *conjuratores* ed i giudizi di Dio: con questi ultimi mezzi si purgava il convenuto, l'addurre i primi (documenti e testimoni) spettava per lo più all'attore » (3).

In seguito però, Grimm tempera ciò che potrebbe esservi di troppo reciso in questa sua affermazione, distinguendo fra *commarcani* (*Markgenossen*) che possono far testimonio di quanto è a conoscenza comune, nominatamente sui *Markfreveln*, ed altri testimoni, i quali non possono deporre su ciò che abbiano veduto ed udito accidentalmente, in ispecie sui delitti, ma solo sull'affare, per il quale sono stati espressamente richiesti.

3. — La seconda questione, sui rapporti del giudizio di Dio cogli altri mezzi di prova, dipende in parte dalla risoluzione della prima. Se infatti si accogliesse la teoria di Unger e Schmidt, o quella di Löning, od anche la più comune, per cui base del

(1) *Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters*. Cfr. LÖNING, op. cit. pag. 3, nota 2.

(2) LABAND, *Die vermögensrechtliche Klagen, nach den sächsischen Rechtsquellen des M. A.*, 1889. Cfr. LÖNING, p. 3.

(3) *Rechtssath.*, p. 856 seq.

sistema sarebbe la fede nella veridicità dell'uomo libero, si dovrebbe senz'altro concedere che il giudizio di Dio è una prova ausiliaria, sostituita solo in alcuni casi ad altre prove e specialmente al giuramento.

Colle altre teorie la questione resta invece impregiudicata, ma l'opinione comune degli autori sta in favore della soluzione anzidetta.

Fa eccezione Zoepfl (1), il quale sostiene che i mezzi di prova in materia penale si riducevano originariamente ai giudizi di Dio, ai quali solo col cristianesimo si sostituì il giuramento, considerato perciò come istituzione nuova e cristiana.

Ciononostante Zoepfl trova che già la legge salica prescrive come prova ordinaria il giuramento, (mentre ad esempio il Sohm, e non a torto, propende per la prova della caldaia), ma lo spiega osservando che tutti i manoscritti rimastici appartengono ad un'epoca in cui l'influenza del cristianesimo sul diritto salico si era già fatta sentire da un pezzo.

Fra i seguaci della teoria comune, secondo la quale mezzo abituale di purgazione è il giuramento, dobbiamo ancora distinguere. Alcuni credono che originariamente giurasse solo la parte, e che l'uso dei congiuratori si sia introdotto in seguito; così Grimm, Schulte e Sohm, il quale non si perita di affermare che *il giuramento della parte era il mezzo di prova dell'antico processo germanico* (2).

Altri autori propendono invece per il giuramento coi congiuratori; così Eichhorn, Schuler-Libloy, Walter, Siegel, Waitz (3).

(1) D. EG. 930, 933-34.

(2) GRIMM, R. A., p. 859 n. SCHULTE, D. R. u. R. G., p. 412. SOHM, R. u. G. V. 577. Non so come ciò si accordi, con l'opinione già ricordata dello stesso Sohm, che considera come caratteristico per l'antico diritto il sistema di prova della legge salica, in cui mezzo abituale di purgazione, anche a parer suo, è il giudizio di Dio.

(3) EICHORN, I, 444-45. SCHULER-LIBLOY, p. 162 seq. WALTER, II, 323. SIEGEL, pag. 167. WAITZ, D. V. G., I, 442-43.

V'è poi grande varietà, anzi incertezza nel determinare in quali casi al giuramento si sostituisca il giudizio di Dio. Alcuni tralasciano affatto questo punto, come Hillebrand, altri usano le espressioni vaghe di *fatto oscuro*, *diritto dubbio*, come Grimm (1), od accennano a possibili diversità fra i vari diritti, come Eichhorn e Bethmann-Hollweg (2); i più fanno esposizioni casuistiche, che non possono essere nè complete, nè precise. Così ad esempio Schuler-Libloy, Walter, Siegel, Schulte (3).

Da ciò deriva che mentre alcuni suppongono che l'uso dei giudizi di Dio fosse frequente, altri lo credono invece rarissimo almeno fra gli uomini liberi (4).

Quanto alla scelta fra le varie ordalie, spesso secondo Grimm essa dipenderebbe dall'accusatore, o dall'accusato; secondo Siegel (5) non si conoscerebbe regola per il diritto primitivo, poché sarebbero le prescrizioni per il più recente.

4. — Questa questione diventa importantissima, quando si tratta di determinare a quale scopo fosse usato il duello.

Abbiamo già avuto occasione di accennare a parecchie teorie. Non ritorneremo ora su coloro che considerano il duello come un *sostitutivo del processo*, nè ci tratteremo sull'opinione di Unger, che pur non volendo annoverato il duello fra i giudizi di Dio, ne parifica la posizione nel processo, asserendo che questi ultimi erano usati originariamente da coloro che non potevano combattere per qualsiasi causa (6). Ora dobbiamo specialmente fermarci sulla teoria di Löning, che considera il duello come un mezzo di prova per l'accusatore (7), quando i mezzi comuni gli facciano difetto, e su quella conosciutissima di Siegel, che

(1) R. A., p. 908.

(2) EICHORN S. u. R. G. I, 446. BETHMANN-HOLLWEG, IV, 30.

(3) SCHULER-LIBLOY, p. 166. WALTER, II, 337. SIEGEL, 209. SCHULTE, 419.

(4) Così ROGGE, p. 198. EICHORN, I, 445 n. GRIMM, R. A., 910. Vedi per contro SIEGEL, 210, n. 3, 221. WAITZ, *Das alte Recht der sal. Franken*, pag. 165 seq.

(5) Op. cit., p. 209.

(6) Così, a quanto pare, anche ZOEPLI (p. 931), il quale afferma che le ordalie originariamente erano riservate ai servi, o alla gente di poco conto, fra cui in gran parte si contavano i romani, ed alle donne.

(7) LÖNING, op. cit., p. 52 e *Anhang I*, p. 75-80. (*Der Zweikampf als Beweismittel des Klägers*).

distingue fra azioni in cui il duello è necessario, ed altre in cui è facoltativo, cioè ammesso solo se lo richieda la parte contro cui è diretta la prova. (*Kampfwürdige* e *Kampfbedürftige Klagen*) (1).

Benchè finora ci siamo limitati ad esporre le principali opinioni, senza fermarci a combatterle, non saranno ora fuor di luogo alcune osservazioni sulle due ultime ipotesi. Cominciando da quella di Lönning, poichè il duello è bilaterale, quand'anche dipendesse dalla esclusiva volontà dell'attore, non mi parrebbe giustificato l'asserire che esso sia essenzialmente un suo mezzo di prova: con ciò si verrebbe a confondere il fatto della prova, colla volontà di chi la esige, ed allora tanto varrebbe dire che, quando le leggi impongono il duello od il giuramento, questo è pure un mezzo di prova dell'attore, perchè dipende dalla sua volontà. È quindi perfettamente fuor di luogo addurre i passi in cui la scelta fra il duello ed il giuramento spetta all'attore. Astraendo da questi, fra tutte le citazioni di Lönning, specialmente riguardo all'antico diritto, tre sole apparentemente sussistono, tutte tolte dalle leggi longobarde, cioè Ed. Rot. 9 e 213. Adelch. Princ. Benev. 6, 7.

Riguardo alle due prime è però strano che il Lönning non abbia osservato, che esse proverebbero troppo: proverebbero cioè precisamente che il giuramento di purgazione è prova dell'attore, ciò che non conviene certo neanche al Lönning.

Infatti il tit. 9 stabilisce che l'accusato può purgarsi col giuramento, a meno che l'accusatore non sia presente a mantenere l'accusa, cioè a dire a richiedere il duello, nel qual caso l'accusato deve col duello *crimen ipsum desuper se eicere*. Continua poi il legislatore: « Et si ei provatum fuerit, aut det » animam aut.... componat. Et si provare non potuerit.... qui accusavit.... Wergild suo componat ». Ora mi pare evidente che queste ultime disposizioni debbono per necessità riferirsi anche al primo caso, in cui l'accusato si purga col giuramento; se così non fosse rimarrebbe senza pena il dolo del falso accusatore,

(1) SIEGEL, op. cit., p. 124 seq., 205 ec.

ed il delitto stesso dell'accusato dimostrato per avventura dal non aver trovati congiuratori. Ciò appare del resto anche meglio nel tit. 213: « Si quis alii crimen de uxore sua miserit.... liceat » ei cui crimen mittitur, aut per sacramentum aut per cam- » fionem se purificare; *et si probatum fuerit* (opp. et si ei pro- » batum fuerit) animæ suæ incurrat periculum ». Ecco adunque il *si probatum fuerit*, o *si et probatum fuerit*, che indica evidentemente anche la mancata purgazione dell'accusato; eppure su questa espressione, che si riscontra spesso nella legge salica (*si et fuerit adprobatum etc.*), il Löning insiste moltissimo, come diremo, per dimostrare che la prova incombeva all'attore.

Visto ora in quale senso sia usata la frase *si probatum fuerit*, non possiamo che dare pochissima importanza al passo di Adelchi: « si vero his, qui quærellam movit, prius elegerit illi velle » *per pugnam approbare*, ad pugna pergatur ».

Del resto accanto a questi, noi troviamo un numero ben più considerevole di passi, in cui il duello è espressamente indicato come mezzo di purgazione dell'accusato: donde le espressioni *se defensare cum armis*, *defendere per pugnam*, *campo innocentem efficere*, *per pugnam se mundare*, *per campionem se purificare* e via dicendo; per cui nella peggiore delle ipotesi dovremmo concludere con un interprete del diritto longobardo che il duello *mixtam probationis et defensionis causam habet* (Arip. II, 55). Io non credo però neppure che questa proposizione corrisponda all'antico concetto germanico, ma parmi invece che l'essere il duello parificato al giuramento ed alle altre ordalie dovesse bastare a farlo considerare in ispecial modo come mezzo di purgazione, in conformità al principio generale del diritto germanico.

Si vedrà poi in seguito per quale ragione lo scegliere fra il duello ed il giuramento, fosse in molti casi lasciato all'arbitrio dell'attore.

5. — Venendo ora a Siegel, egli crede che il duello non sia mai imposto nella sentenza, ma che ogni qualvolta questa prescrive per qualsiasi ragione il giuramento pieno, o *duodecima manu*, s'intenda che l'avversario può rifiutarlo ed esigere il duello.

Quindi le cause, per cui è prescritto il giuramento *duodecima manu*, sarebbero le *Kampfwürdige*, cioè quelle in cui il duello è facoltativo.

Accanto ad esse vi erano cause richiedenti necessariamente il duello, sia che questo fosse considerato come mezzo di prova, sia che rimanesse come sopravvivenza d'altri tempi (1). Queste cause si compendierebbero nelle seguenti:

1° Disputa sui confini, quando non vi sia segno di separazione fra i poderi limitrofi, e non si abbia altro mezzo di conoscere la verità (*Lex Alemann.*, 87. *Baiuw.*, XII, 8).

2° Il convenuto per aver fabbricato su terreno altrui, pretende che il padrone non si è opposto. « Iste vero (l'attore) » dicit: Ego testes habeo, quod tibi jacentibus columnis contra » dixi.... tunc testes iurantes testimonium praeferant: et cum » campionibus determinetur sententia ». *Lex Baiuw.*, XI, 6.

3° Una delle parti pretende che il testimonio addotto dall'avversario come *testis tractus* non è tale « (Non ego te traxi » testem de ista causa, neque consentio » *Lex Baiuw.*, XVI, 2), oppure rifiuta la testimonianza, che si riferisce ad un suo parente morto.

4° Accusa di spergiuro contro il testimonio (Wissender) che ha deposto in disputa su proprietà immobiliare. *Lex Baiuw.*, XVI, 1-2. (Adde *Lex Sax.*, 63).

5° Causa fra l'attore che rivendica un fondo, ed il venditore, che lo ha alienato dando garanzia, ed è perciò chiamato in giudizio. *Lex Baiuw.* XVII, 2.

6° Opposizione al pignoramento. *Lex Rib.* XXXII, 4.

7° Opposizione alla sentenza degli scabini (Urtheilschelten). *Lex Sal.* 57, 2.

Come si vede, abbiamo una semplice enumerazione casuistica (2), che non sarebbe forse difficile semplificare, raggruppando i casi analoghi, ad esempio il secondo, terzo e quarto.

(1) Dissi già che Siegel considera il duello come una trasformazione della falda.

(2) Si noti anche come quasi tutti i casi indicati siano tolti dalle leggi Bavarie, che non sono certo molto fedeli all'antico diritto specialmente in materia di prova, come riconosce lo stesso Siegel, p. 265.

Comunque ciò sia l'enumerazione non è nè molto esatta, nè completa.

Osserviamo infatti al n° 5, che la legge Bavara è ben lontana dal prescrivere assolutamente il duello, chè anzi vi è detto: « *Si causa fuerit inter illos pugnæ, dicat ille qui vadium suscepit: Iniuste territorium meum alteri firmasti.... Tunc spondeant pugnam duorum et ad Dei pertineat iudicium. Sin autem cum sacramento se defendat id est cum duodecim...* ».

Anche riguardo al n° 7 non condivido l'opinione di Siegel, che segue del resto Rögge ed Eichhorn (1).

Il titolo 57, 2 della legge salica stabilisce:

« Si vero illi rachineburgii sunt, et non secundum legem iudicaverunt, his contra quem sententiam dederint causa sua agat, et potuerit adprobare quod non secundum legem iudicaverunt, 600 dinarios qui faciunt sol. 15 culpabilis iudicetur ».

Che mai ci autorizza a credere che le parole *potuerit adprobare* si debbano intendere di un solo mezzo di prova, e per di più appunto del duello, di cui la legge salica non fa mai menzione? Io crederei che in questo caso vi potesse essere un appello al popolo, ai circostanti che assistevano al giudizio, e che la prova non fosse sempre una. Anzi in molti casi la violazione della legge poteva essere evidente, attestata da tutti gli anziani, e non essere necessaria altra prova.

D'altra parte nel caso del n° 1, il duello è prescritto solo se non vi sono prove (*Batuv.* XII, 8), non si può quindi dire che l'azione richieda necessariamente il duello: ammettendola fra le *Kampfbedürftige Klagen*, perchè il Siegel non vi ha annoverato pure, ad esempio, il caso della legge Bavara, II, 1, che sulle accuse di cospirazione, stabilisce:

« Si autem unus fuerit testis, et ille alter negaverit, tunc Dei » accipiant iudicium et exeant in campo? » (2).

(1) SIEGEL, p. 150. RÖGGE, *Gerichtswesen*, 89 seq. EICHORN, § 80 n. Contra WALTER, II, pag. 361. WIARDA, *Gesch. des Sal. Rechts*, 218.

(2) Cfr. *Lex Alamann*, 44. « Si quis liber libero crimen aliquod mortale imposituerit... et inde probata res non est, nisi quod ipse dicit, liceat illum » alium cui crimen imposuit cum tracta spata exoniare se.... ». Nonostante la parola *liceat* certamente il duello era obbligatorio, poichè un principio di prova c'è, e non si indica altro mezzo di purgazione. V. anche ED. ROR. 9.

Passando alle cause in cui sarebbe facoltativo ricorrere al duello, il rapporto fra questo e il giuramento *duodecima manu*, è ben lungi dall'essere costante.

Lo troviamo ad esempio nei seguenti passi:

Lex Burgund. VIII, 2. *Pact. Alaman.* II, 34. *Lex Thuring.* 2, 42, 43. *Lex Baiuv.* IX, 3. X, 4. XIII, 8, 9. *Cap. Rib.* (a. 803) 4.

Ma in altri passi, forse non meno numerosi, il duello corrisponde ad un giuramento non pieno. Così nella legge Alemanica (Hlotar.) 56, 1; 92, 4 (*cum quinque nominatis*), nella Bavara IX, 2 (*cum sex sacramentales*), nella ribuaria 67, 5 (*cum sex.... coniurare*), il duello corrisponde ad un numero inferiore di congiuratori: nelle leggi longobarde non è indicato in quali casi fosse ammesso (1), ma alcuni congetturano lo fosse sempre; nella legge Burgundia per il noto capitolo 45, il duello è sempre facoltativo, quando l'avversario offre il giuramento: nella legge Turingia è parimenti facoltativo in ogni causa del valore di almeno due soldi (56). Ora si noti che quando anche il valore sia di dieci soldi, il numero dei congiuratori è solamente di cinque (53).

Si noti ancora che accettando la distinzione del Siegel, ci troviamo in presenza di un numero di casi, che non possiamo classificare, perchè ad es. il duello vi appare facoltativo accanto ad un altro giudizio di Dio, od alla prova testimoniale (2).

Perchè poi il duello sia non di rado opposto al giuramento pieno, lo si capisce facilmente tenendo conto dell'indirizzo che in una determinata epoca pare comune a tutti i legislatori, e che tende a restringere l'uso dei duelli alle cause più gravi.

6. — Cercherò in seguito di congetturare in quali casi si ricorresse originariamente al duello: ora, per completare l'esposizione delle varie dottrine intorno alla prova, mi resta a dire

(1) La legge 365 di Rotari ci fa bensì sospettare che il duello fosse ammesso anche in cause in cui si richiedessero solo sei o tre congiuratori, ma ciò non è ben certo, perchè non è detto se si potesse sempre ricorrervi nel caso ivi previsto, qualunque fosse l'importanza della causa.

(2) *Lex Thuring.* 55. *Lex Alamann.* 91.

dei rapporti fra la *purgatio* dell'accusato e la prova per mezzo di testimoni (1).

Già abbiamo dovuto ricordare la distinzione di Grimm fra giudizi civili, in cui si usano testimoni e documenti, e giudizi penali, in cui si ricorre al giuramento ed alle ordalie. Essa è seguita da Hillebrand, Zoepfl e Waitz (2), ecc., ma i due ultimi annoverano fra le prove in materia civile anche il giuramento, il quale appare infatti necessario per le limitazioni imposte all'uso della prova testimoniale.

L'altra distinzione di Grimm fra *commarcani* e altri testimoni, che possono deporre solo sull'affare, al quale assistettero appositamente richiesti, è seguita da Zorn (3) e Siegel, secondo il quale sarebbe permesso ricorrere alla testimonianza ora ad entrambe le parti (4), ora solo all'attore (5), ora solo al convenuto (6).

All'opinione di Grimm si accosta anche Walter nell'enumerazione sopra già riportata dei casi in cui è ammessa la prova testimoniale, come più credibile. Pare però che egli consideri la prova testimoniale come un'innovazione, poichè qualifica l'antico sistema di prove germanico, un sistema di presunzioni legali, basato sul giuramento e sui giudizi di Dio, ed afferma che a questo primo elemento, divenuto col processo di tempo puramente convenzionale e formale (*gedankenlos*), se ne aggiunse un secondo basato su norme razionali, e che si incarna nella prova testimoniale e documentale.

Vi sono poi altri storici del diritto che non toccano punto la questione, ed altri ancora, che credono non vi sia regola fissa e generale (7).

(1) La prova documentale, naturalmente introdottasi molto posteriormente, può congiungersi alla prova mediante *testes tracti*.

(2) HILLEBRAND, 150 seq. ZOEPFL, 870, 930. WAITZ, I, 448.

(3) ZORN, *Beweisverfahren nach lang. R.*, 1872, p. 44-45.

(4) *Lex Saxonum*, 39.

(5) *Lex Baiuvar.*, XI, 6.

(6) *Lex Rib.*, 60. *Lex Alamann.*, 97. (ed. LAHM., testo A. 91).

(7) SCHULTZ, p. 418.

7. — Nell'introduzione ho cercato di delineare il quadro della procedura primitiva, che deve essere comune ne' suoi tratti essenziali a tutti i popoli divisi in piccoli gruppi fortemente costituiti e che non riconoscono un potere supremo, o non affidano ancora ad esso la decisione delle loro private controversie.

In questo stato possiamo rappresentarci anche le popolazioni germaniche in un'epoca preistorica non remota. Le singole parentele abitano allora insieme in tempo di pace (1), combattono unite in guerra, e sono collettivamente responsabili per il fatto di uno qualsiasi dei loro membri. Quest'ultimo punto è specialmente importante per noi. La responsabilità collettiva, di cui ci dà un bellissimo esempio la *chrenecruda* del diritto salico (2), dati gli intimi legami che uniscono i membri dei vari gruppi, è razionale; essa nasce da quegli stessi sentimenti, che danno origine alle rappresaglie nei rapporti internazionali, e serve mirabilmente a spiegare tanto l'istituto dei congiuratori (3), come quello dei *Fehdegenossen* così diversi l'uno dall'altro, come lo è la faida della difesa giuridica, benchè le stesse persone compaiano ordinariamente e a confermare il giuramento, e a sostenere colle armi le ragioni del loro compagno.

Data questa responsabilità collettiva, la reciproca indipendenza dei gruppi e gli stretti legami che congiungono i membri di ciascuno di essi, per logica necessità delle cose, bisogna distinguere fra le controversie che possano sorgere fra membri di uno stesso gruppo, e quelle in cui le parti appartengano a gruppi diversi.

Nel primo caso abbiamo un'autorità sociale che s'impone alle due parti: essa anzi, sia che risieda nell'insieme degli uomini

(1) SCHULTE, R. G., p. 22. « Die ersten Ansiedlungen fanden wohl so statt, » dass die einzelnen Verwandtschaften beisammen blieben, und eine *Gemeinde* » bildeten ». Cfr. MAURER, *Einleitung zur Gesch. der Mark-Hof-und Stadtverfassung*, 4, 69.

(2) Cfr. *Lex Sal.* LXI. GRIMM, Prefaz. all'ediz. di Merkel, IX, LII, LXV seq. LXXII, LXXXIV. Pare che Childebarto II abbia abolita la *chrenecruda*, ma l'editto attribuitogli è probabilmente apocriefo. Cfr. ZORR, R. G., 928, n. 16. PERTZ, ILL. I, 10.

(3) Anche SCHULTE, p. 412 seq. parla di *Zusammenhang des Institutes der Eideshelfer mit der Stellung der Familie*.

liberi, sia che si compendi in alcuni, o in un solo, è così strapotente, che la sua azione non può essere inceppata da regole fisse, specialmente per quanto riguarda la procedura e le prove. La testimonianza dei compagni, quando il fatto non sia già notorio anche a quelli che ne devono giudicare, deve avere molta importanza; non hanno invece ragione di essere i congiuratori, in quanto possano servire esclusivamente a dimostrare la stima che essi fanno di uno degli avversari, poichè questi sono già conosciuti dai giudici: per contro, quando non vi siano prove, potrà la parte essere invitata a prestare giuramento, ed in casi probabilmente non infrequenti, essere sottoposta al giudizio di Dio. Tutto insomma dipende dalla convinzione di coloro, che giudicano, ed essi possono procurarsela nei casi dubbi, come loro meglio piaccia, cosicchè spesso si avrà un giudizio molto somigliante a quello dell'antico giurì.

Quanto alle forme d'ordalia usate in questi giudizi famigliari o meglio gentilizi, esse possono dipendere in gran parte dalla consuetudine, pure sospetto che il duello non vi fosse usato o lo fosse pochissimo e non da tutti i germani: ciò e per i vincoli che univano i membri di questi gruppi fra loro, e per non indebolirli e creare inimicizie durevoli.

Mi condusse a questa ipotesi il non trovare ricordato il duello nella legge salica, nella parte più antica della legge ribuaria, nella legge chamava, nelle leggi angliche, mentre probabilmente esso non era sconosciuto ai popoli franchi, e nel vedere d'altra parte che quei popoli, le cui leggi ricordano solamente, o precipuamente il duello, conoscevano anche le altre ordalie, dal che parmi si possa congetturare una diversa tendenza dei vari diritti all'epoca in cui questa prima forma di giudizi si confuse colla seconda, di cui ora parleremo, ed in cui aveva specialissima importanza il duello.

8. — Quando una contesa insorga fra membri di gruppi diversi, le condizioni sono profondamente diverse da quelle ora esposte: vi è recisa opposizione d'interessi fra i due gruppi, e quindi reciproca diffidenza, e manca un potere superiore, che imponga la propria decisione; ma l'interesse, il timore degli avversari e degli Dei, il sentimento di giustizia consigliano a far

ragione alle domande del gruppo offeso, o a dimostrargli che esse non sono fondate. In entrambi i casi è necessaria una convenzione fra le parti per decidere quale soddisfazione od indennità si darà agli offesi, o quale prova dell'innocenza di colui, su cui cadono i loro sospetti. In generale l'attore accusa per scienza propria o su semplici indizi e gli mancano affatto i testimoni, poichè in caso contrario vi sarebbe stata una sorpresa in flagrante e quindi una procedura fondamentalmente diversa, di cui diremo in appresso: ma quando anche vi fosse qualche testimonio, questo si confonderebbe colla parte, stante l'intimo legame che congiunge fra loro i membri dei singoli gruppi. Perciò il leso, o per lui il rappresentante del gruppo cui appartiene, si lagnerà semplicemente del torto fattogli, indicandone l'autore presunto; l'essere autorizzato e sostenuto nella sua domanda dai suoi compagni dimostrerà già che la lesione avvenne, o che almeno essi lo credono, ed hanno fiducia nella sua veridicità, laonde non v'è bisogno di testimonianza espressa.

Quanto all'uso dei congiuratori per convalidare l'accusa, indicato già in un aggiunta alla legge salica, e di cui non manca qualche esempio storico, esso fu forse introdotto posteriormente per alcuni casi eccezionali, come nella legge citata, e non ha importanza (1).

Esposta l'accusa, sta agli avversari di dimostrarla insussistente: di ciò si è voluto cercare la ragione nei nobili sentimenti dei germani, nelle loro virtù tante volte decantate da Montesquieu in poi, specialmente nella loro veridicità, e nel loro orrore per lo spergiuro: questo però è già preveduto nella legge salica, lamentato come frequente da Gundebaldo fin dai

(1) *Lex Sal.*, t. 96, nel caso speciale di accusa fra antrusioni. *Ann. Fuld.* ad ann., 899. Grimm congettura che quest'uso si spieghi per la confusione fra congiuratori e testimoni, ma il tit. citato della legge salica si oppone alla sua ipotesi. È vero per altro che la confusione non mancò talora, come la dimostra lo stesso nome di *testis* usato per congiuratore in un passo della legge frisica (rubr. del tit. x) e in alcuni documenti e formule: così *form. Turonens.* 40 (verso la metà dell'viii sec.). Vedremo in seguito la ragione di questa confusione.

principio del vi secolo e poi dagli scrittori e legislatori posteriori, direi quasi senza eccezione.

D'altra parte non si sa perchè il giuramento dell'accusatore non dovesse valere tanto come quello dell'accusato, e non bastasse quindi convalidare col giuramento la propria accusa, perchè vi fosse senz'altro prestato fede, salvo all'accusato d'impugnare il giuramento (1).

Senza quindi ricorrere a questa veridicità problematica, e che ad ogni modo non basta a spiegare, perchè l'accusato sia tenuto a scolararsi, non l'accusatore a provarne la reità, si può osservare che quando non vi è un giudice superiore a decidere la controversia, chi si presenta come leso a domandare una riparazione, si mette in un certo modo al disopra del suo avversario, il quale si sente subito indotto a purgarsi dal sospetto da un sentimento naturale e spontaneo, direi quasi istintivo.

9. — Quanto ai mezzi di purgazione, non possiamo concepirne altri all'infuori del giuramento e del giudizio di Dio. Il giuramento prestato dal convenuto, quantunque abbia perduto il carattere di giudizio di Dio, mette in un certo modo la causa nelle mani della divinità, ultrice dello spergiuro, e pur non essendo una vera prova, come osservò già Siegel (2), fa nascere una forte presunzione in favore di chi lo presta: inoltre esso è ordinariamente rafforzato dal giuramento dei congiuratori, al quale gli storici del diritto non attribuiscono sempre tutta l'importanza che ha, tanto che alcuni di essi giungono a considerarlo come innovazione posteriore, mentre ha invece carattere d'istituzione antichissima e comune agli altri popoli affini (3).

(1) Inutile osservare che la ragione data dalle leggi normanne per escludere la testimonianza, cioè che ciascuno conosce meglio degli altri il fatto proprio, sarebbe spesso dorisoria, se si facesse valere contro il leso.

(2) In senso contrario PHILLIPS, *Engl. Reichs-und Rechtsgesch.* II, 275, e in parte BETHMANN-HOLLEWEG, IV, 32.

(3) Mi pare invece esatto quanto scrive Amira in *Germania*, XX (1875), p. 55. Cfr. anche SOHM, *Altfränk. Reichs-und Gerichtseerf.*, p. 582. MAURER in *Krit. Uebersch.* V, 1857, p. 206-213 (cit. da AMIRA). PERTILE, O. C., VI, 337, n. 7. BRUNNER, *D. RG.* I, 182 e n. 15-16. KOSACK, *Die Eidhelfer des Beklagten* (cit. da BRUNNER).

Si suole dire che il giuramento prestato dai congiuratori è un *juramentum credulitatis*, e ciò è vero fino ad un certo punto. Non bisogna però credere che i congiuratori servissero solo a dare un'attestato di stima al convenuto: quando essi, secondo le formole rimasteci, affermano che il suo giuramento è veritiero, dimostrano che nessuna prova della colpa addebitatagli, anzi nessun indizio è a loro conoscenza, ciò che in gran numero di casi equivale in pratica a giurare che l'accusato è innocente (1). Da ciò si vede che il sistema germanico non presentava in fondo tutti quegli inconvenienti, che se ne potrebbero aspettare; direi anzi che i congiuratori, specialmente quando spettasse all'accusatore di sceglierne esso un determinato numero, tengano luogo a seconda dei casi dei testimoni, o del giur.

Invece del giuramento coi congiuratori, alcuni forse usavano il semplice giuramento del capo del gruppo, senza che ciò produca differenze sostanziali.

È perciò che troviamo nella legge dei franchi *chamavi*, il giuramento del *senior*, che serve come il giuramento del padrone sull'accusa fatta allo schiavo. Notiamo infatti di passaggio che anche quest'ultimo è un *juramentum credulitatis*, poichè il padrone giura per il suo servo che è tale *unde... de fiducia securus esse possit* (2), ma basta a purgare lo schiavo non tanto forse per la fiducia, che egli ha saputo meritarsi, quanto per il fatto, che il padrone non è punto venuto in conoscenza del delitto addebitato.

Ad ogni modo la parte che accetta il giuramento si rimette sempre alla buona fede dell'avversario, e di chi giura per lui:

(1) Tanto è ciò vero che per espressa disposizione di un capitulare (*Capit. Herstoll.*, forma longobard. 10, ann. 779), riconosciuta la falsità del giuramento, si presume che anche i congiuratori abbiano spergiurato scientemente, e quelli fra loro che vogliano dimostrare il contrario, debbono ricorrere al giudizio di Dio. Del resto nella legge burgundia i congiuratori si confondono quasi coi testimoni, poichè debbono essere pronti a sostenere anche col duello la verità del giuramento, e di loro è detto che pretendono *rei veritatem incunctanter scire* (tit. 45). È quindi necessaria una fiducia straordinaria nella veridicità del convenuto, oppure la conoscenza del fatto. Questa però è probabilmente un'innovazione di Gundebaldo.

(2) *Lex Rib.* xxx. 1-2.

è perciò che, quando non vi sia ancora immistione dell'autorità sociale a regolare le prove, il giuramento non può essere ammesso se non vi acconsente l'attore (1), donde il carattere secondario di questo mezzo di purgazione, quantunque esso potesse già essere usato più frequentemente del giudizio di Dio.

Spesso dalla natura del fatto, o dalla formula con cui si presentava la querela, appariva abbastanza se l'attore avrebbe o non accondisceso al giuramento. Ogni qualvolta l'accusa era tale che non si potesse purgarsene senza negare la buona fede dell'attore, come ad esempio nel caso di ferite, o ingiurie, o quando fosse esposta in modo da dimostrare di non aver fede nella veridicità degli avversari, o accompagnata da provocazione a duello, non si poteva neanche pensare al giuramento. Parimenti questo non poteva essere ammesso quando fra i vari mezzi di discolpa, l'accusato preferisse di dare una smentita all'avversario precisamente in quel punto, sul quale non gli era possibile errare in buona fede (2).

In tutti questi casi e sempre quando da parte dell'offeso non si accettasse il giuramento, si ricorreva probabilmente al duello, che era giudizio di Dio, ma doveva essere preferito agli altri in queste contese aventi quasi carattere internazionale, perchè essendo bilaterale, ed avvicinandosi sotto un certo aspetto alla difesa privata del diritto, si conciliava benissimo coi sentimenti d'indipendenza, e d'orgoglio individuale dell'accusato, che negli

1) Così pare si continuasse ad usare per consuetudine nel diritto salico all'epoca della prima redazione della legge, come diremo a suo luogo.

La necessità del consenso da parte dell'attore produceva probabilmente questo vantaggio che ammesso il giuramento non era più permesso impugnarlo, poichè sia che si pattuisse la composizione o la prova, vi era una convenzione, una specie di transazione fra le parti, colla quale si dichiarava risolta la controversia a certe condizioni.

(2) Questo principio si trova ancora consacrato in alcuni passi interessantissimi del *Liber Papiensis*, di cui diremo in seguito. (*Lib. Pap. Roth.*, 146, 147, 148). Per dare un esempio, se il convenuto per incendio colposo, afferma che la casa dell'attore non arse, o che non bruciarono tanti mobili quanti egli pretende, è ammesso il duello: si ricorre invece al suo giuramento, o all'estimo dei vicini, se afferma che egli non portò il fuoco a più di 9 passi di distanza dal focolare, o che la casa non valeva tanto, quanto ne chiede l'attore.

altri giudizi di Dio si sarebbe trovato in una posizione in qualche modo umiliante (1).

Del resto non si potrà mai dire con certezza se certe popolazioni non usassero in vece del duello un'altra ordalia, forse bilaterale, come la caldaia nella legge frisia, o se almeno non la usassero in certi casi, quando vi fosse accordo fra le parti.

10. — Oltre ai casi in cui i lesi non accettavano il giuramento, poteva accadere che l'accusato non trovasse congiuratori perchè sospetto ai suoi stessi compagni, o che egli disdegnasse di darne e offrisse subito il proprio giuramento od il duello (2), ed in questo caso doveva essergli permesso di combattere. Se però si trattava di una donna, o di uno schiavo, od in generale di una persona non ammessa al duello, se non si trovava chi giurasse o combattesse per essa, nasceva uno stato di cose speciale, e pel quale probabilmente non tutti i diritti provvedevano in modo identico. Specialmente per la donna e lo schiavo, stante il loro stato di dipendenza, che li poneva sotto la sorveglianza altrui, il non trovare chi ne assumesse la purgazione, costituiva un indizio di colpa ben più grave che non per l'uomo libero il non trovare congiuratori: perciò non rimaneva loro che purgarsi con un'ordalia, oppure erano consegnati agli avversari perchè si accertassero della verità colla tortura (3).

Ho detto sopra che una condizione speciale si aveva anche nei casi di sorpresa in flagrante (4): in essi il reo è legato, e quando opponga resistenza, ferito od ucciso, laonde il leso non ha più a domandare alcuna riparazione, ma piuttosto deve col proprio giuramento, o col duello dimostrare ai parenti dell'in-

(1) È perciò che Gudrun nel già citato canto dell'*Edda* si lagna di essere costretta a purgarsi colla caldaia, per l'assenza del fratello, che certo l'avrebbe difesa in duello.

(2) « Ego solus iurare volo, tu si audes nega sacramentum meum et armis mecum contende ».

(3) Vedi in seguito la parte del diritto salico, e dell'alamannico. Non vi è a parer mio ragione per ritenere che i germani non conoscessero la tortura, e ne abbiano appreso l'uso dai romani.

(4) Non mi pare che di ciò tenga il dovuto conto Löning, che non fa mai alcuna distinzione al riguardo. Vedi invece LÖNDON, *Anfangsklage*, p. 93-99, n. 42 e gli autori ivi citati.

dividuo legato od ucciso, che questi fu realmente sorpreso in flagrante, non maltrattato senza ragione. La eccezione è del resto più apparente che reale, perchè chi ha sorpreso il reo in flagrante, e trattatolo in conseguenza, di fronte ai parenti di quest'ultimo è nella condizione di accusato, di offensore, e si purga quindi nel modo solito (1).

11. — Tali dovevano essere le condizioni prima che l'autorità sociale esistesse, o si ingerisse nelle controversie fra gruppo e gruppo.

Rafforzandosi però quest'autorità rappresentata specialmente dai re, era naturale che gradatamente si compiesse una grande rivoluzione anche nella procedura. L'organizzazione gentilizia, come sempre accade, si disgrega, o almeno perde gran parte della sua importanza col successivo accrescersi del potere sociale, fino a che le singole famiglie restano quasi isolate una di fronte all'altra, e sottoposte direttamente allo stato, per quanto esce dallo stretto ambito della vita domestica.

In questo stato di cose, la distinzione sopra esposta di controversie fra membri di uno stesso gruppo, e controversie fra membri di gruppi diversi, perde gradatamente ogni importanza. Si mantengono i giudizi famigliari per gli schiavi (2), le donne ed i figli minorenni, nei loro rapporti col capo della famiglia, che li rappresenta invece egli stesso di fronte agli estranei; ma in generale l'uomo libero agisce individualmente per far valere il proprio diritto, e risponde se accusato. Restavano però sempre i mezzi di prova diversi, usati nelle due forme di giudizi ricordate, cioè da un canto essenzialmente la testimonianza e l'ordalia, dall'altro i congiuratori ed il duello, e questi vari mezzi debbono ora conciliarsi col nuovo stato di cose.

(1) In seguito alla sorpresa in flagrante, fu parificato il caso in cui si trovassero tracce certe del delitto. Cfr. *Lex Rib.* 60, 3-4.

(2) L'autorità pubblica s'ingerì per la prima volta nei delitti commessi dagli schiavi per punire l'uccisione del padrone, che talora avrebbe potuto rimanere impunita. Cfr. *Zeitschrift für R. G.*, xv, 86. Analogo motivo poté determinare i Romani a punire primo fra tutti i delitti ledenti i privati, il parricidio, che rimase poi quasi tipo di questi delitti.

In generale, per motivi facili a comprendersi, prevalsero le regole e le prove del processo fra estranei, laonde il giudizio di Dio prescritto abitualmente nel maggior numero di leggi barbariche è il duello, e la scelta fra esso ed il giuramento in parecchi casi dipende ancora dal volere di uno qualsiasi degli avversari (1).

Ma una tendenza, che si manifesta chiaramente nelle leggi longobarde e si può sospettare in parecchie altre, mira a restringere l'uso dei duelli ai casi più gravi, o persino ad abrogarli intieramente, e per essa il giuramento finisce col diventare la purgazione abituale. Le cause di questa innovazione, e della reazione contro il duello, possono essere varie; il legislatore longobardo manifesta dubbi nati dall'esperienza; non tutti gli ecclesiastici approvavano (2) il duello e lo condannavano certamente quanti erano rimasti fedeli alle tradizioni del diritto romano: infine, doveva apparire interesse pubblico restringere un uso che, ove divenisse troppo frequente, poteva essere causa di gravi danni, e di inimicizie pericolose, ora che non era più limitato alle controversie fra membri di gruppo diversi, e s'erano per di più accresciute le cause di litigi per le nuove condizioni fatte ai germani dalle immigrazioni e dalle conquiste delle antiche provincie romane. Per altro il duello è in molti casi un correttivo necessario del sistema di prova germanico (3), come già osservò Montesquieu, e d'altra parte ha così profonde radici nella coscienza popolare, che spari con difficoltà anche quando, introdottisi mezzi di prova più razionali, era divenuto omai superfluo, anzi dannoso.

12. — Accettando il duello ed i congiuratori, non si dimenticò però mai intieramente la prova testimoniale, che abbiamo vista usata sotto forma di testimonianza dei congiunti, e che, sostituitosi, o almeno prevalso in seguito alle nuove condizioni sociali il vincolo territoriale al vincolo del sangue, diventa testi-

(1) Cfr. ad es. *Lex Fris.*, xi.

(2) È nota la disputa di Avito con re Gundebaldo, di cui diremo in seguito.

(3) Lo dimostrano le riforme degli Ottoni, invocate ed approvate dai primati d'Italia, con cui si ritornò in parte all'antico diritto, favorendo il duello.

monianza dei vicini. Scomparsi però i giudizi in cui si usava precipuamente questo mezzo di prova, l'uso ne è ristretto da una parte quanto è esteso dall'altra, non è più permesso cioè invocare la testimonianza per ogni causa, ma solo per provare fatti notori e circostanze esteriori: nominatamente non si può deporre sopra un fatto delittuoso dell'accusato di cui si sia venuto accidentalmente a conoscenza (1). Questa mancanza è però compensata fino ad un certo punto dall'uso dei congiuratori, che, specialmente per la facoltà fatta all'attore di sceglierne una parte, fanno in certa guisa l'ufficio di testimoni, come già abbiamo osservato. Forse perciò si disse talora *testis* il congiuratore, confusione questa tanto più facile in quanto la deposizione dei testimoni era giurata, almeno in parecchi diritti (2).

Un'altra specie di testimoni compare ora nettamente distinta dai *vicini*, mentre non v'era ragione di far distinzioni quando si poteva tener conto della deposizione d'un membro del gruppo per qualsiasi affare: intendo parlare dei *testes tracti*, testimoni chiamati a deporre sopra un affare giuridico al quale assistettero appositamente invitati dalle parti (3). Questa forma di testimonianza, per la sua utilità e forse per l'influenza del diritto romano, incontra tanto favore che si finisce col ritenerla necessaria in certi contratti.

Col processo di tempo s'introdusse in fine la vera prova testimoniale che, accolta dapprima solo in certi tribunali e per casi eccezionali, finì coll'avere il sopravvento su tutte le altre prove, combinandosi il sistema romano col germanico con evidente svantaggio per questo. Lo vedremo specialmente nell'evoluzione del diritto longobardo.

Ci resta a dire delle ordalie, prendendo questa parola, come lo abbiamo fatto parecchie volte, in senso ristretto, escluso cioè il duello.

(1) Cfr. a questo proposito un passo prezioso di BEAUMANOIR xxxix, 57 riportato da BRUNNER, *Entsteh. der Schöngerichte*, 1871, p. 50, n. 1°.

(2) *Lex Sal.* 46, 49, 56. *Lex Rib.* 52 (50).

(3) A questo genere di testimonianza si deve congiungere la prova documentale introdotta posteriormente, poichè il documento ha per iscopo di perpetuare la memoria del contratto anche quando non si possa più ricorrere ai testimoni, che vi presero parte.

13. — Nell'uso delle ordalie pare che le leggi barbariche seguano due diverse correnti: più comunemente esse vi appaiono riservate alle persone non ammesse a combattere, come gli schiavi e le donne, quando i parenti non vogliano purgarle col giuramento od il duello, ma d'altra parte in alcuni diritti formano il mezzo abituale di purgazione ad esclusione del duello: così avviene specialmente nella legge salica (1). Ammettendo che il duello fosse originariamente usato da tutti i popoli germanici nel modo sopra indicato, cioè nelle dispute fra membri di gruppi diversi, si può forse spiegare questa diversità nell'ulteriore evoluzione del sistema di prove, congetturando due stati diversi nei rapporti delle singole famiglie fra di loro, per cui queste in alcune popolazioni per quanto riguarda la prova, fossero l'una di fronte all'altra in quella stessa posizione autonoma in cui erano dapprima i vari gruppi, mentre altrove si presentassero così congiunte nella comune dipendenza dal potere sociale come lo erano prima le famiglie d'ogni gruppo. Si tratterebbe insomma della maggiore o minore intensità dei vincoli sociali. Comunque ciò sia, certo la legge salica pur staccandosi in questo punto dal diritto comune, nel resto conserva meglio di ogni altra i caratteri dell'antico diritto: nè fa intoppo il trovare che la caldaia è prescritta nella stessa sentenza, poichè sappiamo che per convenzione fra le parti poteva sostituirvisi il giuramento.

Oltre che agli scopi finora ricordati, il giudizio di Dio è ancora prescritto nelle leggi barbariche quale mezzo d'inquisizione, come nella legge frisia, per il caso d'omicidio commesso in un assembramento, e di cui sia ignoto l'autore, e quale oracolo come nella legge franco-chamava per sapere se al colpevole si deve o no concedere la vita: ma sono queste disposizioni eccezionali, almeno per quanto sappiamo.

Concludendo quanto abbiamo detto finora, il fatto di capitale importanza nella storia della procedura, resta il rafforzarsi del-

(1) Vedi pure in seguito le leggi angliche, la franco-chamava, e alcune disposizioni della legge frisia. Nella parte più antica della legge ribuarica non compare ancora il duello, ma l'ordalia vi è prescritta solo per lo schiavo e lo straniero che non trovi congiuratori.

l'autorità sociale e lo scomparire dell'organizzazione gentilizia: per questo cessa la distinzione fra le due specie di giudizi ricordati, comincia l'autorità pubblica ad interporre per imporre la pacifica risoluzione della controversia, pur lasciando all'arbitrio delle parti la scelta fra i mezzi di prova; infine invade anche il campo della prova, restringendo l'uso del duello e facendo prevalere il giuramento ed in seguito la prova testimoniale.

Non nascondo, che gran parte di quanto fin qui si è detto, ha valore di semplice ipotesi; parmi però che questa sia suffragata dai principi razionali dell'evoluzione giuridica, e non contraddetta dalle fonti: ad ogni modo verrò ora esponendo i dati frammentari che si possono desumere dalle singole leggi barbariche, e che mi servirono di base alla tentata ricostruzione della procedura primitiva. Prima però accenniamo ancora di passaggio come alcuni, a mio avviso erroneamente, abbiano preteso che il giudizio di Dio non sia che un mezzo di controllare il giuramento, dal che ne rimarrebbe provata la natura sussidiaria. Già abbiamo visto tale essere l'opinione di Maurer per la prova della zolla: a proposito di questa egli si domanda se originariamente anche le altre forme di giudizio di Dio fossero per avventura usate allo stesso scopo, ma non osa risolvere affermativamente la questione.

Più ardito procede invece l'Amira (1) partendo da un'interpretazione, a parer mio erronea, del tit. 53 della legge salica, di cui diremo fra breve: egli sostiene che presso i Franchi fino ai tempi di Lodovico il Pio, l'ordalia era preceduta sempre dal giuramento, che venne allora abolito per evitare lo spergiuro, che quindi essa era un mezzo di rafforzare il giuramento, e che tale doveva essere in tutti gli antichi diritti germanici.

Osserviamo però, e lo vedremo meglio in seguito, che è lungi dall'essere certo il fatto affermato sulla fede degli antichi *ordines* che attribuiscono a Lodovico l'invenzione della prova dell'acqua fredda: *ne periurii super reliquias sanctorum perdant suam animam*: ad ogni modo per evitare lo spergiuro non vi

(1) In *Germania*. xx (1875), p. 64 seq.

era alcuna necessità di introdurre una nuova forma d'ordalia, mentre sarebbe bastato proibire il giuramento preparatorio e d'altra parte introducendo la prova dell'acqua fredda non si abolivano punto le altre, nè se ne modificava il rituale.

Parimenti non è punto certo che il giuramento precedesse sempre l'ordalia negli antichi diritti, e quando anche ciò fosse, l'affermazione solenne del fatto e l'invocazione della divinità sarebbe semplicemente una preparazione razionale al giudizio di Dio, che resterebbe sempre prova del fatto in linea principale, e solo indirettamente prova della veridicità del convenuto. Del resto in alcuni casi il giuramento non può assolutamente trovar luogo, come ad esempio quando si tratti di ricerca di paternità mediante il giudizio di Dio.

Dopo ciò passiamo infine all'esame delle singole leggi.

14. — Legge salica. — La legge salica è certamente il più antico monumento del diritto germanico, e solo per ciò meriterebbe uno studio speciale, quando anche nell'immensa influenza esercitata dal diritto franco sui diritti degli altri popoli germanici non vi fosse un altro grave motivo per studiarla (1).

Però, qualunque sia stato il tempo in cui fu composta la legge salica, è certo che noi non la possediamo più nella sua forma primitiva, e che ciascuno dei testi rimastici contiene aggiunte ed alterazioni incompatibili coll'antico diritto (2). Riguardo alla

(1) Cfr. Sohm, *Fränk. Recht und röm. Recht in Zeitschr. für Rechtsgesch.* xiv, 1-84: parmi però che quest'articolo non vada esente da esagerazioni, ad es. quando si afferma che *das Vordringen des fränk. Rechts ... mit der Vernichtung des sämtlichen übrigen Stammesrechte endete*, benchè in seguito si faccia eccezione pel diritto longobardo. Cfr. anche p. 3-6, 10, 82, ecc. Del resto io credo che anche i diritti degli altri popoli germanici abbiano alla loro volta influito sul diritto dei capitolari, come dirò in appresso.

(2) Cfr specialmente BERNHARD, *die Textentwicklung der Lex Salica*. *Zeitschr. für R. G.* xiii, 1 e seg. BRUNNER, *D. RG.*, i, 295. KERN, note all'edizione di HESSELS, col. 434 seq., (egli crede che il testo primitivo fosse redatto in lingua germanica). SCHRÖDER, *Die Franken und ihr Recht*. *Zeitsch.* cit. xv, 36. GRIMM, Prefaz. all'ediz. di Merkel, pag. lxxviii, lxxix. STORCK, *Gesch. der Quellen*, p. 35. THONISSEN *Loi Sal.*, p. 9, n. 2°. WAITZ *Ü. die Entstehung der Lex Salica in D. Verfassungsgesch.* ii, 1, pag. 119-135, ed ivi esposte le opinioni di SICHEL, v. SYREL ecc.

prova, queste aggiunte posteriori cooperano colla scarsità dei materiali a renderci difficilissimo l'indagarne il sistema, tanto che non di rado si è quasi tentati di ripetere per esso ciò che Guizot aveva sostenuto in generale per la procedura della legge salica, affermandone impossibile la ricostruzione.

Pure raffrontando pazientemente i vari testi rimastici, si possono superare molte difficoltà, ed è ciò appunto che tenterò di fare (1). Premettiamo in succinto quale sia lo stato della dottrina in proposito.

Sohm nella sua opera classica sulla procedura della legge salica non si occupa della questione, ma afferma solo che questa legge ha lasciato la materia della prova allo stato rudimentale, che per esporne il sistema conviene ravvicinarlo a quello del periodo susseguente, infine che la procedura della legge salica è di coercizione non di prove (2). Altrove (3) però egli sostenne che il sistema salico non è un'eccezione, ma rappresenta l'antico diritto germanico, e poichè nella legge salica l'accusato si purga colla caldaia e ricorre al giuramento solo se vi acconsente l'avversario, conchiuse che il giuramento coi congiuratori non è il mezzo primitivo di purgazione del diritto germanico. Per contro parecchi autorevoli scrittori credono che la caldaia sia volontariamente sostituita dal legislatore salico ad altri mezzi di purgazione prima in uso, cioè al duello secondo Wilda, Dahn e Maurer (4), al giuramento secondo Siegel.

(1) In generale mi valgo dell'edizione sinottica di HESSELS e KERN LONDON, 1880 e di quella di MEYER. Solo eccezionalmente è citata l'ediz. di BEHREND, o quella di WAITZ (in calce all'opera *Das alte Recht der Salischen Franken*, 1846).

(2) SOHM, *Études sur les instit. germaniques. La procédure de la loi salique, etc.*, trad. THÉVENIN, 1873. Talora si cita anche il testo tedesco (1867).

(3) *Ueber die Enst. der Lex Ribuaria in Zeitsch. für RG.*, v, 403 seg. Indipendentemente dalle altre questioni sulla prova dell'attore, credono che la caldaia sia il mezzo di purgazione abituale WAITZ *das alte Recht*, p. 170; BETHEMANN-HOLLWEU, iv, 509; MAURER in *Krit. Ueberschau*, v, 215, n. 2; SIEGEL, i, 270; ROOGE, *Gerichtswesen*, p. 148. *De peculiari legis Rip. cum salica nexu*, p. 24 seg.; LÖNING, *Reinigungseid*, p. 101, n. 7.

(4) WILDA, *Ordalien*, p. 478-79. MAURER, l. c., p. 216 n. DAHN, op. cit., p. 49 seg. Questi non crede però che la caldaia sia il mezzo abituale di purgazione, (p. 65).

In favore della prima ipotesi si osserva come il duello appaia uso comune dei germani, come anzi esso sia espressamente indicato come *mos francis solitus*, e sia prescritto nella legge ribuaria, come infine anche per altri popoli, ad es. gli Anglo-sassoni ed i Germani del Nord, esso sia stato sostituito dalla prova della caldaia e del ferro rovente.

Per spiegare poi l'intenzione del legislatore salico ancora pagano, Dahn osserva che il duello era insomma una faida limitata a due combattenti, e che, fortificandosi la monarchia, era ben naturale che l'autorità pubblica volesse abolire una tale istituzione, per sostituire l'azione dello stato alla violenza privata.

Occasione ad escogitare tutto ciò diede a Dahn la pretesa impossibilità di spiegare altrimenti il titolo 53, dal quale appare che l'accusato, che doveva sottoporsi alla prova della caldaia poteva, pagando, ottenere dall'attore il diritto di purgarsi invece col giuramento. Secondo Dahn non si capirebbe come l'attore, che non ha nulla a temere dall'esito dell'ordalia, acconsenta al desiderio del convenuto anche per denaro, mentre, se si ammette che l'uso ricordato nel titolo 53 originariamente si riferisse al duello « spada a due tagli, che mette l'accusatore non meno in pericolo dell'accusato », la convenzione fra le parti appare naturalissima.

Senonchè, se il duello non era un mezzo di prova, come mai poteva essere sostituito dal giuramento? E se, indipendentemente dalla giustizia od ingiustizia della causa, le parti vi erano egualmente in pericolo, come credere che una di esse pagasse per non combattere? Non equivaleva ciò a riconoscere la superiorità dell'avversario, e a dimostrare di mancare del coraggio, che Dahn vuole considerato dagli antichi germani come la virtù principale dell'uomo? E colui, che veniva così riconosciuto dall'avversario stesso come più valente, sarebbe stato così poco accorto da accontentarsi di una somma, che ordinariamente non doveva superare il quinto della composizione, che avrebbe pagato l'avversario, e permettere a questi di purgarsi col giuramento? In verità i valorosi germani di Dahn fanno la parte poco onorevole di certi duellanti da commedia, disposti entrambi a qualsiasi concessione all'avversario, pur di togliersi dal mal passo.

D'altra parte non è in materia di prova che si esplica, specialmente fra i Germani, l'autorità pubblica, la quale inoltre non guadagnava nulla sostituendo la caldaia al duello, mentre sarebbe bastato regolare quest'ultimo e provvedere egualmente allo scopo che si vuol raggiungere col titolo 53, diretto ad impedire che l'erario sia dolosamente privato del *fredo*. Non so poi comprendere come Dahn possa credere che il legislatore cambiando semplicemente la parola *caldaia* in *duello*, potesse compiere una riforma generale della procedura, sostituendo l'autorità pubblica alla violenza privata, il diritto, dimostrato dal giudizio divino, alla forza che secondo lui trionfarebbe nel duello, la posizione privilegiata dell'attore alla primitiva eguaglianza delle parti.

Infine se si crede di aver motivi sufficienti per ammettere l'universalità dell'uso del duello presso i Germani, il non trovarne menzione nella legge salica è ben lungi dall'essere una prova del suo anche momentaneo abbandono da parte dei Franchi, visto che la legge salica parla solo incidentalmente della prova.

Che se si ammette ancora che il duello appartiene al Fehdegang, non alla difesa giuridica del diritto, come appunto sostiene Dahn, tantopiù appare giustificato il silenzio della legge.

15. — Sul titolo 53 è pure basata la teoria di Siegel (1), per il quale il legislatore salico avrebbe voluto escludere il giuramento, e sostituirvi il giudizio di Dio, ma sarebbe stato obbligato a ricordare il giuramento, perchè a questo si ricorreva ancora spesso per l'arbitrio delle parti, allora grandissimo. Per altro di questo sforzo per sostituire il giudizio di Dio al giuramento la legge salica non ha traccia, laonde l'opinione di Siegel si spiega solo per il preconconcetto che il giuramento sia il più antico mezzo di purgazione.

Già abbiamo detto come Zoepfl lo creda anche il mezzo ordinario di prova nel diritto salico, ma egli non ne dà ragioni.

Cerca invece di dimostrarlo, non senza grande acutezza Amira (2), sempre basandosi sul titolo citato. Egli osserva che in detto titolo si parla solo di cause, che importino una com-

(1) Op. cit., 270. Lo segue London, op. cit., p. 107, n. 5.

(2) Zur *Salfränkischen Eideshilfe* in *Germania*, xx, 1875) p. 60 seq.

posizione di almeno 15 soldi: ora questa è appunto la composizione che deve pagare lo spergiuro, laonde conclude che «l'attore può impugnare il giuramento di purgazione solo quando la somma in controversia raggiunge la composizione per lo spergiuro», ed in questo caso il convenuto deve purgarsi colla prova della caldaia, come lo dovrebbe se non avesse trovati congiuratori.

Risulta da ciò che il giuramento resta sempre il principal mezzo di purgazione, e che il giudizio di Dio nell'antico diritto franco è il mezzo di rinforzare il giuramento, come doveva esserlo, secondo l'Amira, in tutti i primitivi diritti germanici.

Per altro il tit. 53 stabilisce soltanto:

« Si quis ad ineum admallatus fuerit, forsitan convenit, ut
» ille qui admallatus est manum suam redemat et iuratores
» donet.... ».

Adunque il convenuto è *admallatus ad ineum*, deve cioè sottoporsi alla prova della caldaia, indipendentemente da ogni ulteriore procedimento da parte dell'attore: che se egli preferisce giurare coi congiuratori (*juratores donare*), solo allora deve contrattare coll'attore per ottenerne il consenso.

Tutto ciò presenta una sola difficoltà, ed è per spiegare come mai, data la fede nel giudizio di Dio, potesse il convenuto decidersi a pagare per esserne esonerato, senza che questo suo desiderio fosse senz'altro considerato come una confessione.

A questo dubbio non trovo negli scrittori soluzione soddisfacente. Io credo che di fronte all'uso di ottenere dall'attore, con somme talora considerevolissime, il diritto di purgarsi col giuramento, sia pienamente giustificato il dire che vi erano molti, i quali dubitavano dei giudizi di Dio. Se ora noi pensiamo che la redazione della legge salica cade appunto nell'epoca della conquista di parte delle Gallie, non è difficile immaginare chi non prestasse fede ai giudizi di Dio, e cercasse di liberarsene anche a caro prezzo; erano evidentemente soprattutto gli antichi abitatori già compenetrati dalla civiltà romana, e gli stessi coloni romani, obbligati anche essi alle prove del diritto germanico, come ne fanno fede i titoli XIV e XVI della legge di cui ora ci occupiamo. Poichè nell'antico diritto le prove si davano all'av-

versario non al giudice, come già si disse, quest'ultimo non aveva nulla a vedere nella convenzione privata, colla quale si otteneva di poter prestare giuramento. Il legislatore però, mosso da ragioni fiscali, ordinò che chi avesse pagato all'avversario per redimersi dalla caldaia più del quinto di ciò che avrebbe dovuto dare, se fosse stato convinto del fatto addebitatogli, pagasse pure il *fredo*.

Si potrebbe ora congetturare che il titolo citato non abbia valore generale, ma si riferisca solo a quei casi, in cui era imposto il giudizio di Dio: a questa interpretazione ristretta si oppone però a mio avviso il tit. 56 da cui appare, come diremo in seguito, che la sentenza stessa dei rachineburgi prescriveva ordinariamente l'ordalia.

Se poi il titolo 53 valga solo per le cause che importino ammenda di almeno 15 soldi, se cioè, per meglio dire, nelle cause minori l'accusato possa senz'altro ricorrere al giuramento, è ciò che non si potrebbe dire con certezza, visto specialmente lo scopo fiscale della legge, in cui la questione della prova è ricordata solo incidentalmente. Dato però anche che il convenuto potesse giurare, senza dover impetrarne licenza dall'attore, mi pare ingiustificata e poco probabile l'opinione di Amira, che non permetterebbe a quest'ultimo di impugnare il giuramento come falso.

Lo spergiuro è di per sé un fatto delittuoso, la cui composizione è fissata in 15 soldi, nè si capisce perchè un tale fatto non sia perseguibile nelle cause che non raggiungono quella somma, ossia perchè vi debba essere correlazione fra la pena dello spergiuro, ed il valore della causa per cui fu commesso.

16. — Continuando la nostra rivista degli autori, che scrissero sulla prova nella legge salica, troviamo Waitz (1) che, se non erro, è alquanto titubante e punto chiaro, e con lui la serie degli scrittori, che attribuiscono all'attore il diritto, alcuni dicono perfino il dovere, della prova.

(1) *Das Alte Recht*, p. 165 seq. Non pare che egli abbia cambiato in seguito opinione. V. *D. Werfassungsgesch.*, I, 445, n. 1. Cfr. *Sizon*, p. 267 seq., 196 n. 6.

Secondo Waitz l'attore poteva, ed in certi casi doveva, rafforzare la sua accusa con testimoni, l'accusato poteva servirsene per respingere l'accusa; purgazione abituale era la caldaia, usata molto frequentemente, ed a cui solo col permesso dell'avversario poteva sostituirsi il giuramento coi congiuratori. Si noti però che tutti i passi citati dal Waitz per comprovare le sue affermazioni sulla prova testimoniale, si riferiscono a *testes tracti*, e non hanno quindi molta importanza per noi.

Già abbiamo ricordata incidentalmente l'opinione di Montesquieu (1), secondo il quale la legge salica, in opposizione a tutte le altre leggi germaniche, non ammette le prove negative, se non nel caso eccezionale del titolo 98, quando cioè è accusato un *antrustione*. Ordinariamente invece, *celui qui faisait une demande ou une accusation devait la prouver.....*

Analoga opinione segue Bethmann-Hollweg (2), il quale reputa che solo dopo la redazione della legge salica, siasi data la preferenza alla purgazione dell'accusato, anziché alla prova dell'accusatore, e ciò imitando il diritto ribuario (3). La purgazione abituale era secondo lui la caldaia.

Al pari di Bethmann-Hollweg, Siegel (4) non crede che il sistema di prove della legge salica rappresenti l'antico sistema germanico; anzi, a parer suo, la legge Salica s'accorda colla Bavara ed Alemanna nell'accettare il nuovo principio per cui l'attore, che ha testimoni, ha diritto alla prova (5). Solo in tre casi si sarebbe conservato l'antico diritto e l'attore sarebbe quindi escluso dalla prova, quando si tratti di dote, bottino di guerra, e di schiavitù (6).

Thonissen vuol dimostrare che la prova spettava in linea principale all'accusatore, e che questi poteva darla incondizionatamente per mezzo di testimoni; al giudizio di Dio si sarebbe ri-

(1) *Esprit des Loix*, I. 28, cap. 13.

(2) Cfr. IV, 502-510; V, 128, 165.

(3) Cfr. contro Löning, p. 106, n. 17.

(4) *Gerichtsverfahren*, p. 268.

(5) Cita sui testimoni i titoli IX, 8; XXV (f) extrav. 12, 5.

(6) Cita il tit. 104 e specialmente la proposizione: *Propterea non ex (f) sacramentum in Francos*.

corso solo in mancanza d'altre prove (1); infine il giuramento non avrebbe figurato fra le prove ordinarie all'epoca della redazione della *lex antiqua*, perchè respinto in tesi generale, ed ammesso solo in un piccolo numero di casi tassativamente determinati dal legislatore (2).

Le parole *et ei fuerit adprobatum*, con cui la legge salica ordinariamente ricorda la prova, « comprenderebbero tutte le prove indistintamente, l'inchiesta come la confessione, il giuramento come il giudizio di Dio ».

Löning (3) infine, secondo il suo sistema già enunciato, crede pure che la prova spettasse in primo luogo all'attore, e che a questa prova dell'attore debbano appunto riferirsi le parole citate *et ei fuerit adprobatum*.

(1) THONISSEN, *Loi salique*, pag. 512. Cfr. DARESTE, *Études, Loi salique*, pag. 400-401.

(2) THONISSEN, *Op. cit.*, p. 521. Che ciò non sia vero si vede ad es. dal tit. 39, 3, in cui è detto: *si quis hominem ingenuum plagaverit... sicut pro occiso iuratores dare debet*; ora in nessuna parte della legge salica, se pur non erro, troviamo prescritto il giuramento ed i congiuratori in caso d'omicidio. Non fa intoppo il 104, *In quantas causas electi debeant iurare*, sul quale si basa fra gli altri anche WAITZ (*das alte Recht*, 172-174), poichè, se il passo non è corrotto, si deve intendere di una speciale forma di *conjuratores*, gli *electi*; altrimenti sarebbe in contraddizione con tutti gli altri in cui si parla di congiuratori. Si disputa su questo nome di *electi*: GRIMM, *R. A.*, § 61 intende congiuratori scelti dall'accusato, MORPURGO, *l. c.*, pag. 208 seguendo SACHSE li ritiene congiuratori nominati dal giudice; SCHULTE p. 412, per metà dai due avversari: KERN (*Notes*, col. 286 e *Gloss. Index v. eligere*) sospetta che l'*electi* della rubrica sia una corruzione e vede nei *talentas thoalapus* formule corrispondenti qui all'*electi* del cod. 1°; si dovrebbe allora intendere *scabini* (Cfr. DU CANGE *v. electi*). Per altre opinioni v. SIEGEL, p. 269, n. 7; WALTER, *D. RG.*, § 672. Del resto questo titolo non appartiene al *pactus legis salicæ* e specialmente nella sua forma amplata, presenta difficoltà forse insormontabili.

(3) *Reinigungseid*, p. 99-106. Sulla prova nel d. salico v. pure PANDERUS, *Loi Salique*, diss. xi, che ammette la tesi della sussidiarietà del giuramento coi congiuratori, v. WACHTER, *Beiträge*, p. 67. GAUFF, *Thüring. Gesets*, 319. ZOEPFL, *Eica Chamavorum*, 28 seq. WIARDA, *Gesch. und Anlegung des sal. Rechts*, p. 209 seq. GRIMM, *R. A.*, pag. 861. DAHN, *Gottesurth.*, III e IV, p. 46-69 (*Ü. den Loskauf von der Kesselprobe. Ü. das angebliche Eidhülfsprivilegium der Antrustionen*). BEHREND, *Zum Process der Lex Salica (in Festgaben für A. W. Heffter, 1873)*, p. 66, constatata solo l'incertezza e le scarse notizie che si hanno sull'argomento.

17. — Per non dilungarci troppo accontentiamoci di esaminare le ragioni addotte dai due ultimi autori.

Cominciamo dai passi della legge salica invocati da Thonissen in favore della sua teoria. I tit. 1, 3, xxxix (in cui non si tratta già di materia civile, ma di plagio commesso in persona d'uno schiavo), xlvi, lli, lvi, lxvii accennano solo alla deposizione dei *testes tracti*, o di coloro che sono chiamati a far testimonianza su fatti che sono a conoscenza comune, ad esempio sulla sentenza pronunciata dal giudice. Il titolo ix. 8 manca nel codice più autorevole, ed è perciò non omissso, ma dato come aggiunta nell'edizione di Behrend, come in quella di Waitz. Invece di questo titolo ix. 8, detto codice ha il xxix. 5 che manca in tutti gli altri, e che contiene la stessa disposizione senza che però vi sia ricordata la prova testimoniale. Del resto si tratta qui di chi *per inimicitia aut per superbia* abbia rotta la siepe del campo altrui, introducendovi il proprio gregge; ora la rottura d'una siepe, e il far pascolare l'armento nel campo altrui, non è fatto *istantaneo* come lo dice il Thonissen, laonde si potrebbe ammettere che i testimoni siano stati richiesti espressamente dal padrone, e siano vicini: ciò tanto più se le parole *inimicitia* e *superbia* indicano, come credo, non solo il movente interno dell'azione, ma anche lo scopo diretto di usare un sopruso, esercitare una rappresaglia, magari in presenza del padrone e di tutti.

Il titolo xxxvi prevede il caso, che un uomo sia ucciso da un animale domestico, *et hoc per testibus fuerit adprobatus*; veramente alcuni codici danno invece un'altra lezione *et hoc parentes illius potuerint comprobare* (1), ma anche ammettendo la lezione ordinaria, niuno vieta di accogliere l'interpretazione data espressamente nei codici 5-10 dell'edizione sinottica, e nella legge emendata (2), ritenendo cioè che i testimoni fossero chia-

(1) Cfr. Löning, Op. cit., p. 100.

(2) Se anche non si vuole accettare questa interpretazione, il caso resta sempre eccezionale, perchè non si depone sopra il fatto del convenuto, ma sopra un'avvenimento, al quale egli forse non era neppure presente, e che invece avvenne per avventura in presenza d'un gran numero di persone, cosicchè la prova non serve che a dimostrare a chi appartenesse l'animale.

mati solo se il padrone dell'animale *antea legem non adimplevit; eo videlicet modo*, (aggiungono le glosse ai codici 7-10) *si dominus quadrupedis non intellexerit secundum legem se defendere*.

È chiaro infatti che il padrone poteva limitarsi ad affermare d'ignorare il fatto (1). D'altra parte i testimoni potrebbero forse essere chiamati solo a deporre se l'animale omicida era realmente domestico, e si calerebbe allora in caso analogo a quelli dei tit. II, 13 (12), XXXII, 2 (2) fraintesi dal Thonissen, poichè in essi i testimoni non depongono punto « sopra il furto d'un porco o d'un cervo » ma sull'essere o non il cervo domestico, ed il porco *voltivus* (3).

Passando alle prove addotte dal Löning, oltre ad alcuni passi della legge salica già ricordati, ne troviamo da lui citati altri come il LVII, 3 (2), di cui non si deve tener conto, perchè i testimoni vi sono chiamati a deporre su fatto notorio, cioè sulla sentenza pronunciata dai rachinburgi.

Altri passi richiedono un esame più attento. Così il tit. VIII, 1 (ed. Behrend): *Si quis unam apem furaverit, et hic si probaverit.... sol. 45 culpabilis iudicetur*.

Löning vede qui la prova dell'attore: però il testo è evidentemente corrotto.

Il codice 1°, da cui è tratta la lezione seguita da Behrend, non ha già *si probaverit* ma *et hic si probabuerit*.

Gli altri codici hanno invece *tectum* (o *licitum*) *super habuerit*, il che ci mostra chiaramente come doveva essere emendato il codice 1°. E che questo sia corrotto, non gli altri, lo dimostra oltrechè l'*hic*, che non può reggersi in nessun modo, anche il vedere già nel cod. 2° dopo il *tectum super habuerit* aggiunto il solito *cui fuerit adprobatum*.

La legge dunque contempla il caso di furto avvenuto nel recinto dell'abitazione, e non prescrive punto la prova dell'attore.

(1) Cfr. *Leso Rib.*, 30. THONISSEN, Op. cit., p. 431 seq.

(2) Anche questi passi sono citati pure da Löning.

(3) Su questa parola, con cui si volle provare la redazione della legge salica nell'epoca pagana, v. THONISSEN, p. 2, n. 9. GRIMM, *Proc. cit.*, XVIII. KERN, *Note*, col. 446-7. BOURNÉE, *D. RG.*, 299, n. 37.

A prima vista pare debba dirsi il contrario per il titolo 93 (1) (che ripete con aggiunta il titolo 48, 1): « Si quis falsi testes » fuerint adprobati, quinos dinos solidos multe sustineant. Si » vero eis inculpaverit quod falsum testimonium dedissent, ma- » num suam in ineum mittat, et sicut sana tulerit, simili multa » sustineant. Si certe manum suam comburet, 15 solidos dam- » num sustineat ».

Basta la semplice lettura per convincerci che è inammissibile la congettura di Löning (2), il quale vuol mutare *mittat* in *mit- tant*, per poter sostenere che la prima proposizione indica la prova dell'accusatore, il resto del titolo l'ordalia della caldaia per gli accusati nel caso che l'attore non possa dare la prova.

Per contro è prescritto, che l'accusatore si sottoponga alla prova della caldaia, e se resta illeso, i *falsi testes* paghino la multa, in caso contrario paghi egli per l'accusa calunniosa (3). Perchè poi in questo caso l'accusatore debba provare, e provare con un giudizio di Dio, si capisce facilmente pensando che la sua posizione di attore è più che altro fittizia, essendo egli in realtà il condannato in seguito alla deposizione dei testimoni; le presunzioni stanno dunque contro di lui, ed è giusto che egli provi con una testimonianza superiore, col giudizio di Dio. Si noti ancora che il tit. 93, come anche il 92 di cui parleremo, si trova in un solo codice (4), e naturalmente non appartiene alla *lex antiqua*.

Il medesimo principio ora invocato spiega pure perchè la prova incomba all'attore nel caso dei tit. 48, aggiunta 2^a (ed. Behrend) e 92 (5), cioè nell'accusa di spergiuo. Anche qui del resto

(1) Ed. BEHREND, Cap. vi, c. 16.

(2) O. c., p. 102, n. 10. L'errore proviene dall'aver egli citato il passo solo fino alla parola *mittat*.

(3) Cfr. *Lex Sal.*, xviii, xcii.

(4) Per di più molto scorretto. Cfr. HESSELS, *Introduct.*, xviii, e pag. 410-411.

(5) Il tit. 92 prevede lo stesso caso del titolo 48, e ripete quasi colle stesse parole le aggiunte a questo titolo (ed. MERSEL, p. 79, *Novellae Text. R.*, n. 243). Però il primo titolo distingue fra il convenuto che ha spergiuato ed i congiuratori che ne rinforzarono il giuramento; questi pagano 5 soldi, quello 12. Il tit. 92 abolisce forse questa distinzione?

usciamo dal campo della *lex antiqua*, poichè le parole *et hic qui impotat potuerit adprobare* del titolo 48 mancano nei primi 6 codici (1).

Il titolo 92 richiama ancora la nostra attenzione, perchè vi si accenna al duello: « Si quis alterum inculpaverit periurasse » et ei potuerit adprobare, 15 solidos componat qui periurat; » *si tamen non potuerit adprobare*, cui crimen dixerit sol. xv » solvat, et postea si ausus fuerit pugnet ».

Queste ultime parole sono, a quanto parini, incomprensibili; non esito quindi a seguire Boretius (2), che ne mette in dubbio l'autenticità. Infatti, in questo titolo e nel corrispondente 48, 2, come nel caso analogo del tit. 93, la prova incombe all'accusatore; se egli non può darla, è condannato e paga la stessa multa, che sarebbe stata inflitta agli avversari, se la prova fosse riuscita.

Ora come mai, dopo di aver pagato, può egli ancora combattere? Ricorrere al duello *in terza istanza*? Sarebbe questa una disposizione unica non solo nella legge salica, ma in tutto il diritto germanico.

Quanto a me, io credo che la prova originariamente richiesta in questo caso dall'accusatore fosse la caldaia, come nel tit. 93. In seguito anche nel diritto franco, il duello diventa il modo abituale di prova per convincere di spergiuro e falsa testimonianza (3). Allora un'aggiunta o forse una glossa marginale passata poi nel testo dell'unico codice, che ci dà il tit. 92, poteva spiegare il genere di prova richiesto colle parole *propterea si ausus fuerit, pugnet*. Certo il *postea* è insostenibile.

(1) Il cod. 10 e la *lex emend.* hanno *adfirmare* invece di *adprobare*.

(2) In *Lex Salica* di BREND, p. 110. Anche SIEGOL. p. 267, dice che qui il duello è ricordato *in einer unverständlichen Verbindung*. AMIRA p. 63 accetta invece questo passo nella sua integrità. (*Vermag der Kläger seine Eideschelte nicht auf Zeugenaussage zu stützen, so soll er, um auf dem Kampf-ordal bestehen zu dürfen, 15 solidi erlegen*). THONISSEN p. 525 è molto spiccio: « on y lit que si quelqu'un accuse un Frank de s'être parjuré il doit ou combattre, ou payer ».

(3) Cap. a. 813, 12. *Lex Rib.* 67 (69) 5. Cfr. *Lex Fris.* xiv, 5. *Lex Briev.* 17, 2. BRENNER, *Zeugen und Inquis.-beweis*, 16.

Continuando nell'esame dei passi addotti da Löning, troviamo i tit. xxx, 3, 6, 7, e lxiv in cui è prescritta la composizione per chi ha chiamato un uomo *leporem*, *dilatorem* *aut falsatorem* ecc. od una donna meretrice o strega, senza poter poi provare.

L'eccezione però è solo apparente. In questo caso l'ingiuriatore è il convenuto, che può negare di aver proferita l'ingiuria, o, in via di eccezione, provare la verità dell'accusa da lui lanciata. Tutto ciò è meglio spiegato in altre leggi barbariche, le quali non ci lasciano dubbio in proposito (1).

Forse un caso analogo è preveduto dal capit. vi alla *lex sal.*, c. 12 (ed. BEHREND, p. 112) *De eo qui res alienas furtivaverit.*

Si quis res alienas furtivaverit et suas fuisset et non potuerit adprobare, cui furtivaverit solidos xv culpab. iudicetur.

Bethmann-Hollweg e Sohn (2) intendono *furtivare* quasi fosse *furare*, nel qual caso il passo non presenterebbe difficoltà, ma Boretius nelle note (3) all'edizione citata interpreta invece: dichiarare *res furtiva* la cosa altrui. Ora ciò può essere fatto tanto estragiudizialmente, quanto intentando una *Anefangsklage*.

Se la legge si riferisce al primo caso, come propende a crederlo London (4), essa si spiega con quanto abbiamo detto ora. Il padrone, offeso dall'accusa lanciata, agisce contro il diffamatore, e questi deve allora provare per sfuggire alla condanna.

Se si tratta invece di *intertiatio*, la difficoltà è maggiore, poichè allora, contro il diritto comune (5), non spetterebbe subito al possessore della cosa furtiva il dimostrare la legittimità del modo d'acquisto, ma l'attore dovrebbe invece provare di es-

(1) Ad es. ed. Roth., 198, 381. *Pact. Sax.*, 6. Cfr. *Cap. Remedii Episc. Curviensis. De rixa* (M. G. H. LL., v, 184).

(2) B.-H., iv, 486, n. 36, 487-488, n. 40. Sohn, *Process*, p. 36, 68, n. 8.

(3) Pag. 112, n. 23. Lo segue London, *Op. cit.*, p. 124.

(4) I. c. Egli osserva che in caso contrario il legislatore avrebbe usato il termine proprio *intertiare*, non l'insitato *furticare*, che non caratterizza punto l'azione.

(5) Cfr. su ciò London, *op. cit.*, p. 116 seq. Sul cap. ii, *Decr. Thass.*, che secondo l'interpretazione di Merkel e Löning, p. 118, n. 35, costituirebbe una eccezione, cfr. lo stesso London, *Op. cit.*, p. 123-26) la cui spiegazione mi pare giustissima.

sere il proprietario. Ciò pare però anche a me improbabile; ad ogni modo in tanta varietà di opinioni, nulla si può asserire con certezza, anche per la lacuna che probabilmente esiste dopo la parola *furtivaverit*.

Ci resta infine una serie di passi in cui è ricordata una *certa probatio*, data la quale non s'ammette più la purgazione dell'accusato: sono questi i titoli xiv, 2-3, xvi, 3, xxxix, 2, xlii, 5.

Löning intende per *certa probatio* la prova data dall'accusatore, ed assume a regola generale ciò che crede prescritto nei titoli citati.

Senonchè, mentre una aggiunta alla legge salica pone per principio: *contra suum caput, et contra suam haereditatem non debet homo accipere testes* (1), mentre è certo che la prova testimoniale può impugnarsi, come abbiamo visto dal tit. 93, come mai essa potrebbe essere chiamata *certa probatio*?

D'altra parte, uno dei passi citati è specialmente sfavorevole all'interpretazione di Löning: è il xiv, 3 (2).

« Si (vero Francus Romanum expoliaverit et) *certa probatio* non fuerit si iuratores non potuerit invenire.... sol. xxx si adprobatus fuerit, culpabilis iudicetur ».

Löning, come già si disse, intende l'*adprobatus esse* della prova dell'attore (3); avremo allora che se l'attore non può provare, il convenuto deve purgarsi coi congiuratori; chè se non li trova, spetta di nuovo la prova all'attore, ciò che è assurdo.

Meglio è quindi ritenere che la *certa probatio* indichi la notorietà del fatto o la sorpresa in flagrante, cioè quei casi in cui, secondo le regole generali del diritto germanico, non si ammette la purgazione dell'accusato.

(1) *Extrav.*, viii (ed. Merkel).

(2) Secondo il cod. 2°: gli altri danno solamente: *Si vero Francus Romanum expoliaverit sol. XXX culp. iudicetur*. Diremo in seguito come in tutti i titoli ora citati, ciò che si riferisce alla prova sia aggiunta posteriore.

(3) Così nel tit. 93 « (Si qui falsi testes fuerint adprobati) Form. Sirmoud. » 39 (comprobatus apparuit) *Decretio Chlot.*, cap. ii (*probati periculum mortis subiacerunt*) » ed in generale in tutti i casi in cui si trova *ei adprobatum fuerit, si convictus fuerit ecc.* D'eguale opinione è pure BETHMANN-HOLLENDORF, iv, 563-564.

Che poi l'*adprobatum esse* e simili formule non indichino la prova dell'attore, ma in generale l'essere il convenuto convinto del fatto (1), si argomenta anche da ciò, che in caso contrario nel maggior numero delle disposizioni, sarebbe esclusivamente richiesta la prova dell'attore, senza ammettere la possibilità e l'efficacia della purgazione mancata.

Löning cita ancora alcuni documenti della raccolta di Pérard, in cui compaiono i testimoni, ma oltre ad essere di quasi quattro secoli posteriori alla redazione della *lex antiqua*, e pochissimo numerosi, non risulta di quali testimoni si tratti, ed a quali condizioni siano ammessi.

18. — Dopo quanto si è detto finora, io credo di poter concludere che la teoria, per cui nella legge salica la prova incomberrebbe in prima linea all'attore è estremamente dubbiosa.

Mi pare invece probabile che abitualmente fosse ammessa la purgazione dell'accusato, e questa nella forma del giudizio di Dio dell'acqua bollente.

Una prova, per me di grande valore, è data dal titolo 56, in cui si prevede in modo generalissimo il fatto di chi non si presenti al *mallo* o si rifiuti di ottemperare alla sentenza dei *rachineburgi* (2). In questo secondo caso, l'attore deve provare con testimoni che la sentenza esisteva, e che non fu adempita; ora secondo questo titolo i testimoni depongono che: *rachineburgius iudicavit ut aut ad in eo ambularet, aut fidem de compositione faceret*, adunque abitualmente la sentenza dei rachineburgi imponeva al convenuto la scelta fra pagare o sottoporsi alla caldaia (3).

(1) Così anche WAITZ, *das alte Recht*, I. c. LONDON, Op. cit., p. 107, n. 5. Questi osserva benissimo che tale frase si spiega per ciò che *die bezüglichten Stellen lediglich das Resultat des Processes, nicht dagegen die Frage der Beweisverteilung im Auge haben*. Cfr. sopra pag. 227-228. La lista dei passi in cui si trova tale espressione fu data da Siegel p. 268.

(2) ...*ad mallum venire contempserit aut quod ei a rachineburgiis iudicatum fuerit adimplere distulerit*. Cfr. SOUW, *Procédure*, p. 117 seq.

(3) Era punito chi provocasse altri alla caldaia senza esservi autorizzato dalla sentenza. Così almeno credo si debba intendere il tit. 81: « Si quis alterum ad calidam provocaverit prater eversionem dominicam 600 den. qui faciant sol. 15 culp. iudicetur ». Una disposizione analoga e che potrebbe

Che se mezzo abituale di purgazione fosse stato il giuramento, ed il giudizio di Dio fosse ammesso solamente quando non si trovassero congiuratori, o l'attore impugnasse il giuramento, quest'ultimo solo verrebbe ricordato nella sentenza, non il giudizio di Dio, che non potrebbe dipendere dal giudizio dei *rachtnenburgii*, ma solo da un fatto posteriore, che essi non potevano prevedere (1).

A rafforzare le conclusioni, che si debbono trarre dal tit. 56, serve il titolo 53 di cui abbiamo già parlato a lungo, e che ci mostra come al giuramento si ricorresse solo col consenso dell'attore, almeno in ogni causa che superasse i 15 soldi, salvo per avventura in qualche caso eccezionale.

Questo stato di cose dovette però presto scomparire; infatti, fin dal VI sec., come accorda anche Sohm, i *conturatores* appaiono nelle formule, come mezzo principale di purgazione (2).

Con questo mutamento si spiega un numero considerevole di passi in cui sono ricordati i congiuratori, e forse anche il titolo XLVIII, 2 e CXII, in cui si parla dell'accusa di spergiuro. È infatti difficile l'ammettere che potesse ancora essere impugnato

crederai tolta da questa, trovasi nelle leggi longobarde, ma in altro senso. La parola *dominicus* si trova nella legge salica col senso di *regio*: così « *in trustee dominica: opus dominicum etc.* ».

(1) DÄHN, *Gottesarth.*, p. 65, basandosi sopra un passo di questo titolo 56, in cui la disobbedienza alla sentenza è indicata con queste parole: *si nec de compositione, nec de inco, nec de ulla lege fidem facere voluerit*; sostiene che la sentenza non poneva punto l'alternativa fra la caldaia o il pagamento, ma che il giuramento coi congiuratori poteva esservi benissimo compreso. Il passo citato nel testo dove si ricorda la formula della sentenza distrugge il suo ragionamento.

(2) Sohm in *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, I. c. Cfr. *form. Andecavenses*, 10, 11, 15, 24, 28, 30, 50 etc. Del giuramento era redatta una *noticia* in cui è registrata la formula del giuramento ed il nome dei congiuratori; quest' sono in numero di 12 in materia penale. (Cfr. *Extrav.* v, 2 ed. MERKEL: *In lege Salica XII iuratores esse debent; ita tenent Franci, nos tamen in Italia... cum sua manu septima*); sono invece tre nella *form.* 28 per provare *quod terra sua malo ordine nunquam possedisset*.

Vedi pure GABO, DI TOURS, *Hist. franc.*, (ed. cit.), v, 5, 49; vii, 23; viii, 16, 46; ix, 13, 32; viii, 9 (questione di paternità, in cui per Fredegonda giurarono 303 congiuratori).

un giuramento, al quale l'attore avesse già acconsentito espressamente.

Altri passi in cui si parla dei congiuratori sono i già citati XIV, 2-3, XVI, 3, XXXIX, 2, XLII, 5.

Che però quanto in essi si riferisce alla prova sia aggiunta posteriore, per quanto non recente, risulta a mio avviso chiaramente da ciò che, o i titoli intieri, o almeno la parte sulla prova manca nel maggior numero dei codici. Così solo il codice 2° dà integralmente i tit. XIV, 2, 3 e XVI, 3; il tit. XXXIX, 2 e 3 si trova solo nei due primi codici; infine il tit. XLII, 3, che ripete il titolo XVI, 6, aggiungendo ciò che si riferisce alla prova, manca in molti codici (cod. 2, 7, 8, 9 e *Lex emend.*), ed è evidentemente fuor di luogo nel tit. *de Homicidio in contubernio facto*.

Questi passi ci interessano anche per un altro riguardo, poichè oltre ad essere tutti in opposizione coi titoli LIII e LVI col prescrivere come mezzo principale di purgazione il giuramento coi congiuratori, non sono poi concordi nel definire quale sia l'effetto del non trovare congiuratori. Secondo i tit. XIV, 2 e XVI 3, in mancanza di congiuratori si deve ricorrere alla caldaia. Questa prova è probabilmente indicata anche nel XIV, 3 colle parole *si adprobatus fuerit* che non si saprebbero spiegare altrimenti.

Invece secondo i tit. XXXIX, 2 e XLII, 5, in mancanza di congiuratori si paga senz'altro la composizione.

Löning (1) confessa di non sapersi spiegare queste discrepanze. Noi della prima già abbiamo detto: su quest'ultima non si possono fare che semplici congetture. Dimenticando, come lo fa Löning, il tit. XIV, 3, si potrebbe osservare che nei due primi casi si tratta di Romani, che più difficilmente potevano trovare congiuratori: l'osservazione appagherebbe però poco, perchè difficilmente si può ammettere che la legge salica accordasse un vantaggio, anche non del tutto ingiusto, ai Romani.

Un'altra ragione potrebbe trarsi dalla natura diversa dei reati. Mentre nei tit. XIV e XVI si tratta di grassazione ed incendio,

(1) O. c., pag. 101, n. 7.

delitti che per natura loro restano più facilmente occulti, nei due ultimi passi si tratta di plagio e vendita d'un uomo libero, e di invasione di una *rilla*, *in contubernio facta*. Ora questi due ultimi reati difficilmente potevano restare ignoti ai parenti e vicini dei rei, ed il fatto che essi si rifiutassero a servir loro da congiuratori poteva perciò parer prova sufficiente della colpa (1).

Di fronte ai passi citati, anche prescindendo da ogni altra ragione, appare falsa l'opinione di Montesquieu, Rogge e Grimm (2), che credono privilegio degli antrustioni il purgarsi coi congiuratori.

Tale opinione, ora abbandonata, nasce dalla falsa interpretazione del tit. 96, il quale, prescrive solo un procedimento più solenne per le contese che nascono fra gli antrustioni congiunti fra di loro e col re da vincoli speciali (3); l'accusatore deve infatti essere assistito da un numero di congiuratori proporzionato alla gravità dell'accusa da lui mossa, e dalla quale l'avversario si purga con un numero doppio di congiuratori, salvo nei casi più gravi nei quali deve ricorrere alla caldaia.

Due cose sono a notarsi in questo titolo (4); che l'accusa vi è rafforzata da congiuratori, caso molto raro benchè non affatto isolato, e che nell'accusa più grave la purgazione abituale è ancora il giudizio di Dio. Per mancanza di materiali non possiamo decidere se questo fosse ammesso abitualmente anche in altri casi, come è probabile ad es. nelle accuse di furto, sulle quali così dispone il *Pactus pro tenore pactis*, 4:

(1) Cfr. sopra pag. 237.

(2) Opere citate, l. c. Contra EICHORN, WIARDA, Op. cit. p. 210, WAITZ, *Das alte Recht ecc.*, p. 170, n. 2. DAHN (*Gottesurth.*, p. 56-69) dà un ampio riassunto della questione, schierandosi naturalmente contro i sostenitori della teoria del privilegio.

(3) Cfr. TAMASSIA, *Affratellamento*, pag. 10, n. 3. GRIMM, Prefaz. cit., vi. THOMSEN, *Loi Sal.*, p. 110 seq. DELOCHE, *Le trustis et l'antrustion royal dans les deux premières races*, 1873. Cfr. sopra pag. 177, n. 1°. V. poi specialmente *Marculf's Form.*, I, 18 *De regis antrustione*.

(4) Su esso v. Slegel, p. 268, n. 5°.

Si homo ingenuus in furtum inculpatus ad inicum provocatus manum suam incenderit, quantum inculpatur furtum componat.

Inoltre da una formula (1) vediamo che l'attore poteva talora rifiutare il giuramento e che di ciò si redigeva una *notitia*; non sappiamo però quali fossero gli effetti del rifiuto (2), e se fosse sempre permesso.

Accanto alla *purgatio* troviamo nella legge salica anche la prova testimoniale.

I testimoni sono richiesti specialmente per attestare fatti ai quali assistettero appositamente richiesti; pare anzi che nei contratti fosse necessaria la loro presenza, e che a seconda dei casi l'attore od il convenuto fossero costretti a presentarli sotto pena di essere senz'altro condannati (3). Compagno pure i testimoni a deporre su fatti, che erano a conoscenza comune o su circostanze o fatti speciali, che non sono opera del convenuto, come abbiamo visto in parecchi esempi.

Nel maggior numero dei passi in cui la legge salica ricorda la prova testimoniale, pare che essa spetti all'attore; certo però doveva talora essere anche un diritto del convenuto, in ispecie per i *testes tracti* (4).

(1) *Form. Andec.*, 16.

(2) Probabilmente si ricorreva al giudizio di Dio, forse già al duello come nel diritto posteriore. Cfr. ad es. *Cap. in leg. rib. mitt.*, 803, c. 4. *Aut si ille qui causam querit XII hominum sacramenta recipere noluerit, aut cruce aut scuto et fuste contra eum decertet.*

(3) Cfr. *Form. Andec.*, 29. *Lex Sal.*, xlvii e xlviii. Non è ben chiara l'*Extract.*, v, 2 in un passo che segue quello già citato sopra: *Testes autem 7 contra Francum sint. Franci (autem) post testes non adfirmant sacramentum.* La deposizione dei testimoni era giurata, v. tit. xlix; xlii; lvi. Cfr. *Lex Rib.*, lvi (L).

(4) *Warrz (das Alte Recht*, p. 166, n. 1) osservò che poteva riferirsi ai testimoni del convenuto il tit. xlix (per errore di stampa è detto xlviii, 1): *Si quis testes necesse habuerit ut donet, et fortasse testes nolunt ad placitum venire, ille qui eos necessarios habet satisfacere, mannire illos debet cum testibus* (ed. *Warrz*). *Merkel* scrive *satisfacere et mannire* seguendo il cod. i; i cod. 5 e 6 hanno invece *necessarios ad satisfacere*, la qual lezione favori-

Per finire l'esame della legge salica, ricordiamo ancora la prova della sorte, prescritta in alcune aggiunte (1) per i liti e gli schiavi anticamente sottoposti alla tortura (*Lex sal.*, XI). Parrebbe anche, e già l'osservò Sohm, che la sorte fosse prescritta per l'uomo libero nel § 10 del *Pactus pro tenore pacis*; (*Decr. Chloth.*, 3) in cui senza distinzione è prescritto che se alcuno nelle accuse di furto *de suspicionem inculpatur*, « ad sortem » veniat, et si malam sortem priserit latro ». Ma come conciliare questo paragrafo col precedente paragrafo terzo in cui si dice: « Si homo ingenuus in furtum inculpatus ad ineam provocatus manum incenderit, quantum inculpatur furtum componat? » Confesso di non trovar alcuna soluzione soddisfacente, a meno di ricorrere alla solita scappatoia di supporre il testo corrotto.

19. — *Titolo Ribuario* (2). — Nella legge ribuaria abitualmente spetta al convenuto di purgarsi, e la purgazione avviene per mezzo del giuramento con congiuratori (3). In generale non

rebbe l'opinione citata. Pure non si capisce perchè questo titolo dovrebbe essere applicabile solo ai testimoni del convenuto. E poi insostenibile l'opinione di Thonissen che citando « ... qui eos necessarios habet satisfacere... debet » si serve del passo per dimostrare che ai testimoni si pagava un'indennità; sarebbe invece curioso che si dovessero pagare i testimoni, che non compaiono.

Volendo conservare l'*et* dopo *satisfacere*, mi pare si potrebbe considerare quest'ultima parola come sinonimo di *fidem facere* nel senso di dar cauzione, (*sic nec de compositione nec de in eo nec de ulla lege fidem facere voluerit*, tit. 56).

La parola *satisfacere* manca nei cod. 7-10 e nella *lex emendata*.

(1) *Edict. Hlpericht*, 7. (Cfr. Sohm, *Procedure*, p. 130 seq.). *Pact. pro ten. pacis*, 5, 6, 8. (Cfr. Sohm, l. c.).

(2) Ed. Sohm (*M. G. H. LL.*, t. v). Le citazioni sono fatte secondo il testo A. Sulla formazione della *lex Ribuaria* v. Sohm, *U. Entstehung der Lex R. Zeitschr. für R. G.*, v, 380 seq. di cui seguono la divisione fra le varie parti della legge; BRUNNER, *D. RG.*, I, 304 seq. STORBE (trad. Bollati), p. 72-83. MAYER, *Zur Entstehung der Lex R.* LEHMAN, *Lex Rib.* in *Archiv. der Gesell. für alt. d. Geschichtskunde*, 1885, 414 seq. LÖNING, *Op. cit.* p. 109-110, n. 20.

Sulla prova confr. specialmente Sohm, *O. c.*, 403, 409, 416-18, 426 seq., 431, 448 seq. LÖNING, *Op. cit.*, 107-112.

(3) THONISSEN, *Loi Salique*, pag. 520, n. 2°, ha data la lista dei passi in cui è prescritto il giuramento coi congiuratori.

trovando congiuratori, l'accusato pare sia condannato senza poter ricorrere al giudizio di Dio; si pone infatti l'alternativa *componat aut turet* (1). L'eccezione fatta per lo straniero conforta la regola; questi infatti, vista la difficoltà di trovare congiuratori nel territorio ribuario, può purgarsi colla caldaia o colla sorte, probabilmente a sua scelta (2).

La caldaia è ancora ricordata, parimenti nella prima parte (tit. 1-31) contenente l'antico diritto ribuario, per lo schiavo del quale il padrone non creda di poter rispondere (tit. xxx, 1-2, *si servus talis non fuerit, unde dominus eius de fiducia securus esse possit*). Se il padrone ha fiducia nel suo schiavo, può purgarlo col giuramento (3).

Il duello, unico giudizio di Dio, di cui faccia menzione la legge ribuaria oltre i citati, non è mai ricordato nella prima parte; nelle altre compare usato in casi eccezionali, cioè quando alcuno sostenga l'illegalità di un'emancipazione, e l'emancipato non possa presentarne l'autore a difenderlo (tit. 57, 2); per opporsi al pignoramento, quando si è trascurato di presentarsi al mallo nonostante sette citazioni consecutive (tit. 32), per opporsi al giuramento del *cancellartus*, che, in mancanza dei testimoni presenti alla redazione di un documento, voglia dimostrarne l'autenticità giurando con congiuratori (tit. 59, 4-7)(4); infine nelle cause *de hereditate vel ingenuitate*, se l'attore non vuole ricevere il giuramento con sei congiuratori (5).

(1) Le osservazioni di Löning, p. 108 e n. 19, per dimostrare che con tale espressione non si pone l'alternativa, non mi paiono punto persuasive.

(2) Tit. xxxi, 3-5 *ad igneo seu ad sortem excusare studeat*. Si noti che i paragrafi precedenti contengono la più ampia sanzione del principio della personalità del diritto per la procedura come per le pene, in cui possa incorrere lo straniero.

Se non erro, questo titolo contiene l'unica menzione della sorte nel diritto ribuario.

(3) Cfr. *Lex fris.*, III, 5-7.

(4) Sui titoli 57 e 59 v. SOHM, p. 426 seq.

(5) (Tit. 67, 5). *Aut si quis eum contra prendere voluerit... cum armis suis se defensare studeat...* Löning propone d'emendare: *si quis contra eum contendere voluerit* (p. 111, n. 22).

Per opporsi al pignoramento, chi ne è minacciato, pone la sua spada *in portam sive in poste*, ed i due avversari vengono poi a combattere davanti al re.

Per impedire il giuramento del *cancellartus*, chi vuole impugnare il documento, gli allontana la mano dall'altare, mentre sta per giurare (*manum cancellarti de altare traxerit*) e combatte poi con lui.

È probabile che il duello fosse usato pure nelle accuse di falsa testimonianza e spergiuro (tit. 50, 2) ma la legge non lo dice.

Come si vede, l'uso dei giudizi di Dio e del duello nella legge ribuaria appare ristretto, ed è quindi una semplice ipotesi poco giustificata quella del Löning (1), secondo il quale parrebbe che l'attore potesse sempre escludere il giuramento del convenuto dando la prova col duello.

Quanto alla prova dell'attore, essa compare solo nella seconda parte della legge pei casi di sorpresa in flagrante, o quando restino indizi materiali del fatto (2), il che non è punto in opposizione coi principi generali.

Anche il titolo 79, appartenente alla terza parte della legge, esclude dalla purgazione l'uomo *propter furtum comprehensus et legitime superturatus*, dove io credo che il *propter furtum comprehensus* si riferisca parimenti alla sorpresa in flagrante o in possesso della cosa furtiva.

Non mi pare quindi giusta l'osservazione di Sohm (3), il quale crede, che questo titolo 79 accolga il principio del decreto di Childeberto II, cap. 7 (BORETIUS, p. 16) e sia perciò posteriore a questo (a. 596).

Questo decreto infatti stabilisce:

(1) Op. cit., pag. 110. Inutile ricordare che, per Löning, il duello è mezzo di prova dell'accusatore.

(2) Tit. 41, 1-3; 60, 3-4. (Tit. 41, 2 *si quis a contubernio probabiliter ligatus super res alienas fuerit, eum ad excusationem non permittimus*; tit. 60, 3-4, *si ... aliquid incaserit ... si ... infra terminationem aliqua indicia sua arte vel butine aut mutuli facta extiterint, ad sacramentum non admittatur*).

(3) l. c., p. 451.

« De furis et malefactoris ita decrevimus observare ut si v
» aut VII bonæ fidei homines absque inimicitia interposita cri-
» minus cum sacramenti interpositione esse dixerint..... mo-
» riatur ».

La novità di massima importanza stabilita in questo decreto, sta in ciò, che il giuramento di un certo numero di persone scelte senza dubbio fra i vicini dell'accusato, fa prova contro di lui in ogni accusa di delitto, nominatamente in quella di furto, ciò senza che sia richiesta la sorpresa in flagrante. Si tratta quindi di una specie di giurì, che non pare però abbia incontrato molto favore.

È quindi a torto che Löning (1), citando alcuni passi di leggi franche anteriori, in cui si parla della prova in caso di sorpresa in flagrante, pretende che non vi sia nessuna innovazione nel decr. di Childeberto. L'innovazione c'è, e grandissima; solo la legge ribuaria non l'ha punto accolta.

20. — *Diritto franco-chamavo* (2). — La *lex francorum-chamavorum*, appendice della legge ribuaria, contiene poche disposizioni sulla prova. Vi troviamo punito lo spergiuro (tit. 32), punito chi avendo visto fuggire il ladro non lo denunci (tit. 31).

Due sole disposizioni si riferiscono al giudizio di Dio, che da una di esse appare la caldaia, ma entrambe sono interessantissime.

Nel tit. 46, l'ordalia è usata nell'accusa d'omicidio ove il *senior* non liberi l'accusato col suo giuramento, e qui è degno di nota, come già dissi, il trovare il *senior* che tiene luogo dei congiuratori, e dell'accusato stesso.

Nel tit. 48, il giudizio di Dio non è mezzo di prova ma oracolo, poichè il reo convinto di 7 latrocinii è irremissibilmente messo a morte, se non gli riesce favorevole la prova della caldaia, mentre in caso contrario, può invece essere riscattato dal *senior* (3).

(1) Pag 111, n. 23.

(2) Ed. SOHN (*M. G. H. LL.*, v, 271). Cfr. la prefazione di SOHN, SCHÖDER, *Zeitsch. für RG.*, xv, 47, e BRUNNER, *D. RG.*, I, 353.

(3) Cfr. BRUNNER, o. c., I, 176, n. 52.

21. — *Dritto burgundio* (1). — Benchè in questo diritto non fosse punto sconosciuta la prova testimoniale, come si è creduto interpretando erroneamente un passo di Agobardo (2), in generale esso accoglie il sistema germanico del giuramento di purgazione (tit. 8), nel quale però in seguito, per disposizione del titolo 45, i congiuratori si confondono coi testimoni, perchè si richiede da loro un *furamentum veritatis non credulitatis*. I congiuratori sono scelti fra i prossimi parenti, compresa la madre e la moglie.

L'attore può rifiutare il giuramento, ed allora i due avversari sono inviati al re *Dei iudicio committendi*. Prestato invece il giuramento, è ancora permesso d'impugnarlo, convincendo di falso l'avversario, il che certo richiedeva un duello.

Di fronte a questo stato di cose, l'unica innovazione introdotta dal tit. 45 (del 27 maggio 501) sta in ciò che, per ovviare agli spergiuri frequenti, è prescritto, che offerto il giuramento, se il convenuto ed i suoi congiuratori non recedono davanti all'attore che esige il duello, questo avvenga fra l'attore stesso ed uno dei congiuratori, che non deve esitare a combattere avendo asserito di conoscere la verità.

(1) *Lex Burgundionum*, ed. BLUMME, M. G. H. LL., III. Sull'origine della legge cfr. la prefazione p. 497-524, e BRUNNER, I. c., p. 332 seq.

(2) *Adversus legem Gundobadi ecc.*, c. 6. L'errore fu riconosciuto da Löning p. 114, n. 26, collegando questo capitolo col 4. Meglio però gli avrebbe servito il cap. 5, in cui Agobardo si lagna perchè « *vir iustus super iniustum testis tificari non permittitur eo quod alterius leges sit secundum seculum, qui unius leges esse deberet secundum Deum* », e dice, che se alcuno non deve essere ammesso a testimoniare, è solo l'eretico o l'infedele.

Adunque il diritto burgundio non ammetteva per testimoni se non coloro che vivessero secondo la legge burgundia, ciò che non è punto un caso unico nel dir. Germanico. Cfr. infatti WAITZ, *Verfassungsgesch.*, IV, 355. *Lex sax.*, c. 39 ed i passi di statuti tedeschi in Löning, p. 49, n. 42.

Del resto i testimoni sono espressamente ricordati nei tit. 2, 2 e 33, 1. Riguardo a quest'ultimo passo, parmi difficile accogliere l'opinione di Bothmann-Hollweg che considera la prova testimoniale come privilegio accordato alle donne, *probabilmente per la loro incapacità a combattere* (IV, 170); piuttosto vi ravviserei un caso di sorpresa in flagrante. Parimenti credo esagerato attribuire coll'A. citato, all'influenza, del resto innegabile, del diritto romano l'uso dei testimoni, e più della tortura nei delitti degli schiavi.

Il duello è prescritto anche per i Romani (tit. 8, 2); che poi non valesse ad esimerne l'età o l'infermità, come apparirebbe dal libro di Agobardo (1), è certamente un'esagerazione.

22. — *Dritto turingio o anglo-germano* (2). — La legge turingia prescrive come purgazione abituale il giuramento coi congiuratori, ma il c. 56 combinato specialmente col c. 2 dimostra, che salve le cause di minima importanza, di valore cioè inferiore a 2 soldi, l'attore poteva rifiutare il giuramento, esigendo invece il duello. Infatti stabilisce il c. 56: *A duobus solidis usque ad maximam compositionem in furto et vulneris campus iudicatur.*

L'ultima parola fece credere a Richtofen, che lo scegliere il duello invece del giuramento non dipendesse punto dall'attore o dal convenuto, bensì vi provvedesse la sentenza (3).

Certo però il cap. 2 ordina, che chi è accusato d'aver ucciso un nobile od un libero giuri con 11 congiuratori o combatta in duello *utrum ille voluerit ad quem causa pertinet*, e parimenti nel cap. 39 il prossimo parente di un uomo *in furtu occisus* può dimostrarlo innocente col duello, e solo se non lo faccia, l'uccisore si purga dall'accusa di aver ucciso un'innocente col giuramento *duodecima manu*. D'altra parte, non è nello spirito del diritto germanico di lasciare al giudice, anziché alle parti la scelta dei mezzi di prova.

Quanto alle cause a cui si applica il cap. 56, Löning (4) crede siano tutte le cause penali del valore di almeno due soldi, ma

(1) Cap. vii. ... non solum valentes viribus sed etiam infirmi, et senes lacessentur ad certamen.....

(2) *Lex Thuringorum* ed. K. FR. DE RICHTOFEN, M. G. H. LL., v. Sull'epoca in cui fu redatta v. GAUPP, *Das alte Gesetz* ecc., (1834), p. 236, che la crede composta quando i Turingi erano ancora pagani, e per contro STORBE, RICHTOFEN, *Pref.*, p. 115, e BRUNNER, *D. RG.*, I, 352, che ne pongono la redazione nell'anno 802 o 803.

(3) N. 28 ad h. l. Del resto Richtofen, come pure Siegel, p. 205, n. 10, concedono che il duello non era necessario, come parrebbe prendendo alla lettera il capitolo citato.

Nella n. 29 ad h. l. Richtofen congettura che le parti stesse combattessero, che cioè non fossero permessi i campioni.

(4) Op. cit., p. 116.

la legge mai non prescrive una composizione di due soldi (1), per cui se non si vuol ricorrere alla comoda scappatoia di supporre il numero corrotto, convien dire, che si tratti di ogni causa di qualsiasi genere, che importi almeno due soldi.

Secondo una congettura di Richtofen, anche questa limitazione originariamente non esisteva ed il duello era invece facoltativo in ogni causa. Ciò non è punto impossibile, ma se realmente l'innovazione sia stata compiuta precisamente dal cap. 56, è ciò che non si potrebbe dire con molta sicurezza.

Dopo il cap. 56 sono appena da ricordare i cap. 42 e 43 in cui si prescrive che chi ha legato un uomo libero od incendiato di notte una casa, *si negel cum 11 turet aut campo decernat*.

Resta il cap. 55, in cui si stabilisce, che la moglie accusata di aver avvelenato il marito sia purgata dall'accusa da un suo prossimo parente (2) mediante il duello, od in mancanza di campione sia sottoposta alla prova dei 9 vomeri infuocati. Qui adunque, a differenza di quanto è prescritto per lo stesso caso nel diritto longobardo, non è ammesso il giuramento dei parenti, ma è invece richiesto espressamente il duello o l'ordalia.

23. — *Diritto sassone* (3). — La legge sassone è poco estesa in materia di prova; ai singoli delitti è prescritto un numero proporzionato di congiuratori (4), è punito lo spergiuro distinguendo fra chi lo commette scientemente, e chi lo commette invece in buona fede (5), ma non è detto se sia sempre ammesso il giuramento, come debba essere impugnato, quali giudizi di Dio siano usati ed in quali casi.

Solo il duello è ricordato in un punto, cioè per la rivendicazione d'immobili.

(1) Cap. 53. *De minoribus causis. Quidquid homo alteri fecerit, quod iniustum factum dicatur, 10 solidis componat aut cum quinque turet.*

(2) Cfr. Richtofen, n. 25 ad h. l.

(3) *Lex Saxonum*, ed. Richtofen, *M. G. H. LL.*, t. v. Sulla data e redazione della legge v. la Prefazione ed il libro dello stesso Richtofen, *Zur Lex Saxonum*, 1868 e specialmente BRUNNER, o. c., p. 345 seg.

(4) V. cap. 1-10, 16-18, ecc.

(5) Cap. 21, 22.

Della rivendicazione s'occupano due capitoli, 39 e 63, del tenore seguente:

C. 39. « Qui alteri dolose per sacramentum res proprias tollere vult, duobus aut tribus de eadem provincia idoneis (1) » testibus vincatur, et si plures fuerint melius est ».

C. 63. « Qui terram suam occupatam ab altero dixerit, adhibitis idoneis testibus, probet eam suam fuisse; si occupator » contradixerit campo iudicatur. Si occupator sibi concediderit, » reddat hoc quad occupavit non amplius ».

Quale è il rapporto fra questi due capitoli? Unger crede che entrambi si riferiscano alla rivendicazione d'immobili, e cerca di combinarne le disposizioni, e ciò che è più difficile, farle entrare nel suo sistema (2).

Secondo Richtofen (3) il cap. 39 conterrebbe i precetti generali, il cap. 63 quelli speciali alla rivendicazione d'immobili. Io sospetto che il cap. 39 si riferisca esclusivamente alla rivendicazione di cose mobili (*res*), il 63 agli immobili (*terram suam*); non si capisce (4) infatti come in quest'ultimo potrebbe entrare il giuramento ricordato nel c. 39, mentre è subito prescritta la prova testimoniale.

Comunque ciò sia, nel c. 39 il convenuto possessore (5) presta giuramento, e ad impugnare questo giuramento l'attore è costretto ad addurre testimoni, per la forte presunzione che nasce a favore del suo avversario dal possesso e dal giuramento.

Quando poi si tratta di un fondo (c. 63), il possesso induce tale presunzione di proprietà, e d'altra parte è così facile trovare testimoni informati della verità, che il legislatore non am-

(1) Sugli *idonei testes* e sul significato della parola *provincia*, v. Richtofen, n. 62 (p. 80-81).

(2) UNGER, *Zurückkampf*, p. 25-27.

(3) Nota 1 al cap. 39, n. 61 al cap. 63.

(4) D'altra parte non si può ammettere opposizione fra i due titoli. Pare infatti che la legge sassone sia *ein gleichzeitig verfasstes Gesetz* (*Zur Lex Saxonum*, p. 97), e se anche ciò non è, le varie parti furono certo redatte a brevi intervalli di tempo.

(5) Così deve intendersi la circonlocuzione *qui alteri dolose ecc.* Cfr. Siegel, p. 172. Unger, p. 26. Löning, p. 115, e n. 28 in cui sono addotti alcuni esempi di espressioni simili. Sui due capitoli vedi anche Rogoz, *Gerichtswesen*, n. 323.

mette più la purgazione dell'accusato, ma senz'altro obbliga l'attore a presentare immediatamente i testimoni. Il possessore può ancora impugnare la prova testimoniale (1), ed in questo caso non resta più che il duello.

Inutile fare osservare che la testimonianza richiesta in questi casi, è quella dei *vicini*, e che perciò queste disposizioni non sono in contraddizione colle regole generali.

24. — *Dritto friso* (2). — Anche nella legge frisia prova abituale è il giuramento coi congiuratori (3); il giudizio di Dio è usato per supplire al giuramento, per impugnarlo, o come mezzo d'inquisizione controllando il giuramento, ma compare in casi speciali senza che sia mai espressa una regola generale.

In due casi il giuramento coi congiuratori può anche essere prova dell'attore, ma è permesso al convenuto di opporvisi e giurare egli collo stesso numero di congiuratori offerto dall'avversario, o, se non li trova, combattere; cosicchè la prova delatore è sussidiaria, benchè egli sia il primo ad offrire il giuramento, e colla sua offerta determini il numero dei congiuratori, con cui deve essere prestato. Ecco, del resto, i singoli casi.

Nella parte più antica della legge (4) la caldaia è prescritta per lo schiavo accusato di furto, quando il padrone non voglia purgarlo egli col giuramento (5). Eguale disposizione abbiamo già trovata nel diritto ribuario (6), e la troveremo anche nel

(1) D'accordo con Richtofen credo che le parole *si occupator contradixerit* non indichino punto, che per essere ammesso al duello il convenuto debba contrapporre altri testimoni a quelli dell'attore; il *contradixerit* fa semplicemente riscontro al *sibi concediderit*.

(2) *Lex Frisionum* ed. RICHTOFEN, *M. G. H., LL. III*, ristampata *cursu societatis Frisiacae*, Leowardiae, 1866, coll'aggiunta di uno scritto di B. I. L. DE GEESE, *Ober de Zusammenstellung von de Lex Frisionum* (p. 168-195).

(3) Di testimoni non si fa mai menzione. Solo una volta, nella rubrica del tit. x, si trova usata la parola *testes*, ma nel senso di congiuratori.

(4) III, 5-7. Sulle varie parti di cui è composta la legge frisia, vedi la prefazione di Richtofen, p. 645 seq. e le sue note alla legge, e BRUNNER, o. c. I, 340 seq.

(5) Sul modo con cui il padrone deve prestare giuramento, v. tit. xii e le note di Richtofen 44, 96, 97 (p. 661, 666).

(6) Tit. xxx, 1-2.

diritto longobardo posteriore, probabilmente introdottavi per influenza franca.

In un'aggiunta posteriore (1), che deve contenere il diritto della frisia orientale (2), la stessa prova della caldaia è indicata per il caso in cui l'accusato neghi, benchè l'attore pretenda di averlo sorpreso in furto flagrante. Entrambi giurano allora senza congiuratori, e si sottopongono poi alla prova della caldaia:

« Si quis in furto deprehensus fuerit, et ab ipso qui eum de-
»prehendit furti arguatur et negaverit, iuret uterque solus et
»ad examinationem ferventis aquae iudicio Dei probandus ac-
»cedat ».

Che la prova sia qui bilaterale fu riconosciuto da parecchi (3), ma Siegel crede, che la regola non fosse vigente in pratica.

Quanto a me, io suppongo che la prova bilaterale fosse realmente usata, anche perchè in altre fonti frisie troviamo la caldaia denominata *lessa stryd*, *piccola lotta*, in opposizione al *duello* detto *grande lotta*, *grael* o *mara stryd* (4).

Ad ogni modo, piuttostochè attenermi al mezzo termine di Siegel, amerei meglio tradurre così il passo citato:

« Se alcuno... avrà negato, entrambi giurino soli, ed egli ricorra alla prova dell'acqua bollente per essere provato col giudizio di Dio ».

Tenendo conto del barbaro latino delle leggi germaniche, mi pare che anche questa traduzione potrebbe sostenersi, tanto più che la sintassi non è molto rispettata anche colla prima interpretazione.

È degna d'attenzione la procedura indicata nel tit. xi *de lito*.

Se un *lito* pretende di essersi riscattato con denaro, ed il padrone lo nega, può offrirsi a provarlo con un numero di congiuratori, che a sua scelta, varia da 6 a 30, ma il padrone è ammesso di preferenza a giurare con un numero eguale, e quando lo abbia fatto, il *lito* ricade sotto la sua potestà. Può invece

(1) III, 8-9.

(2) Cfr. RICHTOFEN, note 39, 48, 50 e pref. p. 647.

(3) DARN, *Gottesurth*, p. 48. SIEGEL, 210, n. 3.

(4) WIARDA, *Asegabuch*, p. 248 in DARN, *Gottesurtheile*, pag. 55.

tanto l'attore quanto il convenuto offrirsi a giurare solo, invitando l'avversario a combattere con lui, se lo osa:

«..... Si aut calumniator aut ille cui calumnia irrogata est, » se solum ad sacramenti mysterium perficiendum protulerit, » et dixerit: Ego solus iurare volo; tu, si audes, nega sacramentum meum, et armis mecum contende; faciant etiam illud » si hoc eis placuerit ».

Nel caso inverso, cioè quando taluno pretende che un uomo libero si è dato a lui come lito, si procede analogamente, ma quest'ultimo ha la preferenza a giurare (1).

Per finire l'esame della legge frisia, ci resta il famoso tit. xiv in cui, secondo Richtofen, devono distinguersi due parti, cioè: i cap. 1-2 appartenenti all'antico diritto, quello della Frisia media, ed i capitoli 3-7 contenenti il diritto della Frisia occidentale ed orientale (2).

Si tratta dell'omicidio commesso in una sediziosa popolare, *in turba*, e di cui non si conosce quindi con certezza l'autore.

In questo caso, nella Frisia media si segue la procedura già indicata nel capitolo precedente: colui che ha diritto alla composizione nomina sette persone su cui cadono i suoi sospetti: queste si purgano col giuramento *duodecima manu*, poi per mezzo della sorte si decide prima se i giuramenti sono veritieri, in seguito chi sia il colpevole. Se alla prima prova i sette accusati risultano innocenti, può l'attore accusare altre sette persone, ma in questo caso basta loro purgarsi col giuramento.

Nella Frisia occidentale l'attore, prestato il *juramentum calumnie*, può parimenti trarre in giudizio sette persone, le quali giurano *duodecima manu* e si sottopongono poi alla prova della caldaia, seguendo l'ordine in cui hanno giurato, fino a che uno di loro resti scottato, e con ciò convinto d'omicidio.

(1) Anche in questo caso si può ricorrere al duello; così almeno credo si debbano interpretare le parole ultime del tit. xi, 2, *Hoc et superior capitula constitutum est*.

(2) Su questo tit. v. anche UNGER, *Zweikampf*, p. 38-39. MAIER, *Ordalien*, 158, 259-60. SIEGEL 163, n. 6. Richtofen (note a questo titolo) e gli autori da lui citati. Per il diritto posteriore cfr. lo stesso RICHTOFEN, *Fries. Rechtsquellen*, p. 432-33.

In fine nella Frisia orientale l'attore accusa una sola persona, che si purga col giuramento ed i congiuratori, oppure indica in sua vece un'altra persona, affermando con giuramento che è colpevole. Il denunciato giura alla sua volta e combatte col denunciatore; però ognuno dei due avversari può presentare per sé un campione(1), per il quale, se resti ucciso, è solo tenuto a pagare 60 soldi al re. Solo per errore si è ritenuto che si dovesse anche pagare la composizione per il campione ucciso, e che con ciò si derogasse al tit. v, in cui è espressamente disposto il contrario(2).

25. — *Diritto alamanno* (3). — Sulla questione della prova, secondo il diritto alamanno, sono varie le opinioni degli scrittori. Alcuni, prescindendo anche da Lōning, credono che l'affermazione di testimoni intemerati vi fosse senz'altro accolta, e rimanesse con ciò escluso il giuramento di purgazione (4), e spiegano questa deroga alle regole del diritto germanico coll'influenza del diritto romano, o del clero.

Tale opinione si basa specialmente sui tit. 42, 43:

« Si quis interpellatus ante ducem de quaecumque causa,
» quod iam manifestum est tribus vel quatuor testibus, aut de

(1) Cfr. SIBBEI, 234.

(2) Cfr. RICHTOFEN, n. 19 ad h. l. (p. 668-69). L'errore nacque dalle ultime parole: *insuper et leudem occisi hominis exsolvat*, che si vollero riferire al campione, mentre accennano invece all'*homo in turba occisus*, il che non fu osservato da alcuni, fra cui WALTER, *D. RG.*, § 669.

Anche uno statuto del sec. xiii conserva l'antico diritto: *si pugil occidatur in duello non habebit scergeldum, sed tantum suum salariū, quo concepit cum illo pro quo pugnavit*. (Fries. *Rechtsq.*, 138, 20).

(3) *Leges Alamannorum*, ed. LEHMANN cit. L'editore distinse i manoscritti rimasti in due categorie A e B. Seguì il testo A più antico, in cui si riferiscono ai giudizi di Dio i tit. 42; 43; 54, 2; 81; 86, 4; 91 (testo B. 41, 1; 44; 56, 1; 84; 89, 4; 94). Nelle altre citazioni segno ancora l'edizione di Merkel (*Lex Alamannorum*, ed. MERKEL *M. G. H. LL.*, III) che distingueva tre redazioni, lotariana, lantfridiana e carolina; nella prima si parlò dei giudizi di Dio nei titoli seguenti: 42; 44; 56, 1; 87; 92, 4; 97, ai quali corrispondono i tit. 41, 1; 42; 53, 2; 89; 85, 2; 90 della *Lantfridiana*, ed i tit. 42; 44; 56, 1; 84; 89, 2; 94 della *Carolina*. Del resto per il nostro argomento le varie redazioni non contengono differenze notevoli.

(4) Cfr. ad es. WALTER, *DRG.*, II, 328-329.

» homicidio aut de furto, aut de aliquo neglecto... cognoscat hoc
 » iudex. Tunc licenciam ille homo, qui mallatus *abante iudicem*,
 » de causa illa potestatem iurandi non habeat, sed sicut lex
 » habet, in hoc iudicio persolvat....

» Si quis liber liberum crimen aliquod, quod mortale est,
 » imposuerit et *ad rege aut ad duce eum accusaverit* et exinde
 » probata res non est nisi quod ipse dicit, liceat illum alium,
 » cui crimen imposuit, cum tracta spata exidoniare se contra
 » illum alium ».

Brunner (1) però osservò che nel tit. 42 si tratta di accuse *ante ducem*, nel 44 (ed. Lehm. 43) *ad regem aut ad ducem*, e ritenne quindi che si tratti di procedura straordinaria, ristretta cioè ai tribunali supremi. Così infatti deve intendersi secondo le regole di una giusta interpretazione, tanto più che tutti i passi del *Pactus*, in cui si tratta di prove (2) non si scostano punto dal comune diritto germanico, che ammette la purgazione dell'accusato, e questa è anche prescritta frequentemente dalla *lex alamannorum*.

Inutilmente osserva Löning (3), che nel tit. 42 accanto ad *interpellatus ante ducem* si trova *mallatus abante iudicem*, e che solo *iudicem* danno la Lantfridiana e la Carolina; la sua osservazione non è giusta che in parte, poichè parecchi codici della Lantfridiana, per vero dire non i più autorevoli, danno pure *ducem*, lezione seguita dalla Carolina; ma ad ogni modo conviene osservare che il tit. 42, 1 appare evidentemente corrotto (4), e specialmente il periodo in cui si trova la parola *iudicem*, che d'altra parte può intendersi del giudice delegato

(1) *Zeugen und Inquisitionsbeweis*, p. 49-50.

(2) i, 3, 4. ii, 2, 4, 11, 12, 15, 25, 26, 33, 34, 39, 42, 44, 56, 52. iii, 4, 22, 38. I testimoni compaiono solo nel primo frammento del *Pactus*, non per deporre sul fatto, ma quando si disputi sulla gravità della ferita, come si vede anche meglio dalla corrispondente Lantfrid., 59, 5.

(3) Op. cit. p. 117, nota.

(4) Si noti il *licenciam* fuor di luogo e che è un pleonismo accanto a *potestatem* e l'*ille* che nell'edizione di Meckel si trova dopo *mallatus*. Forse alcune glosse penetrarono nel testo; questo sarebbe molto più chiaro così: *Tunc ille homo de causa illa potestatem iurandi non habeat....*

dal *duca*, di cui è detto *cognoscat hoc iudex*, od anche ammettere che si dia il nome di *iudex* al duca stesso che deve giudicare.

Si noti anche che in seguito è detto: « *de minoribus autem* » *culpīs*, sicut *duct placet*, ita *fiet etc.* ». Quanto poi alle varie lezioni sul primo punto *interpellatus ante ducem*, se si capisce come a questa lezione si sia sostituito *iudicem*, non si capirebbe invece il contrario.

Nè con maggior ragione adduce Lönig una serie di passi (1) in cui si trovano le espressioni: *exhinde probatus*, *convictus fuerit*, riferendole secondo il suo sistema alla prova dell'attore; anche qui accogliendo la sua interpretazione, si proverebbe troppo e precisamente contro di lui; la prova dell'attore sarebbe infatti obbligatoria e trionferebbe il principio romano *actore non probante reus est absolvendus*.

L'unico giudizio di Dio prescritto nella legge alamanna è il duello, che abbiamo già trovato nel tit. 43, secondo il quale è diritto del convenuto, quando l'accusa sia capitale, mossa avanti al duca e non provata da testimoni idonei; con ciò io credo che si escluda il giuramento di purgazione, e che si abbia quindi una disposizione corrispondente all'Editto di Rotari 9, in cui è prescritto il duello nelle accuse capitali, fatte dinanzi al re, *si adest homo in presentī qui crimen mittat*.

Quindi nel passo seguente: *De minoribus autem culpīs*, sicut *duct placet ita fiet inter eos*, s'intende che ad arbitrio del duca dovrà l'accusato purgarsi col duello o col giuramento, ciò che ci conferma nell'opinione che si tratti di una procedura straordinaria, e non corrispondente all'antico diritto germanico.

Il duello compare già nel *Pactus*, II, 33 accanto al giuramento come mezzo con cui un parente qualsiasi può purgare una donna libera accusata di delitto, specialmente di stregonuccio, e messa perciò alla tortura.

(1) 7, 1; 24; 25; 34; 37, 3; 38, 5; 42, 2; 59, 5; 59, 7; 83, 1; 90. Il Lönig insiste specialmente sul 38, 5 (*probatus coram comite*) e sul 90 (*convictus ante iudicem*).

Si noti che qui la tortura è data per privata autorità (1), ma costituisce un delitto gravissimo solo se i parenti riescono a provare l'innocenza dell'accusata; ciò fa supporre che la tortura della donna libera fosse ammessa, quando i parenti non volessero assumersi la responsabilità di un giuramento, nè combattere per lei, appunto come nel diritto salico lo è quella dello schiavo, di cui il padrone non vuol rispondere. Nel caso che ora ci occupa, l'abuso starebbe adunque nell'aver torturata la donna, senza prima sapere se i parenti volevano o non purgarla essi dall'accusa, donde la possibilità di un intervento da parte di questi. Resta una grave difficoltà, comune del resto al diritto salico. Perchè mai la donna o lo schiavo non si purgano con un giudizio di Dio, come nel diritto posteriore? Si potrebbe osservare che la legge alamanna ricorda solo il duello, ma ciò non è concludente per la pratica, e d'altra parte non vale per il diritto salico. Crederei quindi che il non volere assumere la purgazione della donna o dello schiavo nascesse da una gravissima presunzione di colpa ingeneratasi nei loro naturali difensori, i quali li abbandonavano per tal modo, lasciando agli offesi di chiarire la cosa nel modo che reputassero migliore, e punire poi a loro talento i colpevoli.

Il titolo 81 prescrive senz'altro il duello nelle dispute per i confini, in cui in regola generale non vi è, per la natura della causa, nè attore nè convenuto, e nessuna delle parti può affidarsi alla buona fede dell'avversario. Anche in questo titolo, a differenza del corrispondente capitolo delle leggi bavare, non compare punto la prova testimoniale, ed è a ritenere che non fosse ammessa, ciò che costituisce una nuova prova contro le teorie di Walter e Löning.

La procedura presenta molte analogie colla prima parte dell'*actio sacramento in rem* romana. Gli avversari si recano sul luogo col *comes*, espungono entrambi le proprie pretese con identiche parole (*hic est noster terminus*), staccano una zolla

(1) *Si quis alterius ingenuam de crimina seu stria aut herbaria sisit, et eam priserit et ipsam in clinata miserit....*

di terra, e tenendola entrambi la porgono al *comes*, che avvolta in un panno e sigillata l'affida *fidelt manu*, infine stabiliscono il duello. Giunto il tempo stabilito, pongono la zolla di terreno in mezzo a loro, la toccano colla spada invocando la divinità e combattono. Esporre minutamente e raffrontare le varie formalità, sarebbe fuori di luogo per noi. Le analogie sono del resto evidenti: il *comes* fa esattamente l'ufficio del pretore romano ed impedisce la *faida* come quello la *manum consertio*, la *vis solida et realis*; solo presso gli Alamanni si sostituisce il duello giudiziario, il giudizio della divinità; presso i Romani la scommessa ed il giudizio degli arbitri.

Nei titoli 54, 2 e 89, 4, trattanti di controversie civili (1), il duello è equiparato al giuramento *cum quinque nominatis*, nè vi è regola per la scelta.

Infine nel titolo 91 col duello deve dimostrare la sua innocenza, chi non lo può con congiuratori, o testimoni (2).

26. — *Legge Bavara* (3). — La legge Bavara ha molte analogie colle leggi alamanniche e visigotiche, e da quest' ultime appunto è tolto il tit. ix, 17, in cui è chiaramente indicata la sussidiarietà del giuramento di purgazione, ammesso solo quando il giudice non abbia potuto trovare altre prove:

« Ut sacramenta non cito fiant.... In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio iudicantis invenerit » (4).

Così si introduceva il sistema inquisitorio, ciò che non equivale punto a dire che all'attore spettasse in prima linea la prova: infatti troviamo un numero considerevole di disposizioni, in cui

(1) Tit. 54, 2 controversia sulla data della vedova che passa a seconde nozze; 86, 4. *De sex solidos et tremisse cum quinque nominatos iuret, aut cum tracta spata defendat*. Alcuni codici hanno *tres solidos* invece di *sex*.

(2) *si quis hoc praesumpserit temptare et iste non potest per sacramentum vel per testes defensare, vel per pugna duorum se defendat*....

Sul caso previsto in questo titolo cfr. SIEGEL, p. 174, *Lex Baiuv.*, xviii, 3.

(3) *Lex Baiuvariorum*, ed. MERKEL. (*M. G. H. LL.* iii). Le citazioni s'intendono fatte secondo il *Textus legis primus*.

(4) Cfr. SIEGEL, 265-266, *Lex Wisigoth.*, ii, i 22.

è conservato l'antico sistema del giuramento o del duello, specialmente in materia penale.

Così nei tit. ix, 3 (furto per il valore di almeno dodici soldi), x, 4 (incendio), xiii, 8 (magia ed incantesimi), xiii, 9 (istigazione ed aiuto al servo, perchè fugga), ix, 2 (furto di bue domato o vacca da latte (mulsam). In quest'ultimo caso il giuramento è prestato con sei congiuratori, in tutti gli altri con dodici; questo e più ancora la limitazione posta nel tit. ix, 3, dimostrano che il duello è ormai ristretto ai casi più gravi.

Nelle cause civili è invece spesso ricordata la testimonianza sia dei *testes tracti* che dei vicini: ai testimoni si riferisce l'intero titolo xvii, *De testibus et eius causis*, da cui appare che si può rifiutare la testimonianza, quando si presenta come *testis tractus* chi non è tale, oppure quando la deposizione verte sopra un morto.

Nel primo caso colui, contro il quale si adduce il testimonio, lo rifiuta colle parole: *Non ego te traxi testem de ista causa, neque consentio*, il che equivale ad una provocazione a duello (1); nel secondo il parente del morto si rifiuta parimenti ad accettare il testimonio, chiamando menzognero lui e chi lo adduce, evidentemente come *testis tractus*, chè altrimenti non avrebbe senso chiamar menzognero l'avversario, e lo stesso testimonio prima della deposizione:

« Defendere hoc volo cum campione meo, quia et tu mentiris »
 » et tuus testes super mortuum meum ».

Si combatte allora, e se è vinto chi rifiutava la testimonianza, egli non può più usare del diritto comune di accusare di spergiuro il testimonio dopo la sua deposizione, ma questa rimane inconcussa *quia ad testificationem per vim illum mortuum adquisivit* (2).

Il duello fa adunque ufficio d'oracolo rispetto alla deposizione futura, mentre d'altra parte è prova del diritto a presentare il testimonio.

(1) xvii, 3. Cfr. Siegel, p. 127.

(2) Tit. xvii, 3-4.

Abbiamo ora ricordato il diritto ad impugnare la testimonianza; esso si fa valere accusando di spergiuro il testimone, e combattendo poi a duello (1).

Di fronte alle disposizioni passate in rassegna e specialmente all'ultima appare eccezionale la procedura del titolo II, 1, corrispondente in parte ai titoli 42 e 43 della legge alamanna. In esso è prescritto che bastino tre testimoni a convincere l'accusato di aver cospirato *contra ducem suum*; chè se uno solo sia il testimone si ricorre al duello: *exeat in campo et cui Deus dederit victoriam, illi credite*.

Per eccezione non è quindi ammesso il giuramento di purgazione nel secondo caso, nè si può impugnare la testimonianza nel primo.

Del resto anche il numero di testimoni richiesto è eccezionale, poichè d'ordinario bastano due (2); suppongo però che ciò si spieghi col fatto che in questo titolo non compare l'accusatore, ma, come ora si direbbe, si procede d'ufficio, per cui uno dei testimoni sostituirebbe l'accusatore.

Il duello coll'unico testimone deve farsi in pubblico, *ne per invidiam nullus pereat* (3) e la legge provvede affinchè non sia turbato (4).

Il duello è pure ordinato ad esclusione del giuramento nelle dispute sui confini, per cui le leggi bavare si accostano alla alamanna, con questa grande differenza che al duello si ricorre solo in mancanza di prove, cioè a dire della testimonianza dei vicini (5).

(1) XVII, 6. La deposizione dei testimoni è infatti sempre giurata. Cfr. XVII, 4 (*cum sacramento ut lex est testificetur...*). Se più sono i testimoni, ne è estratto a sorte uno, che depone solo, e quando sia accusato di spergiuro, si difende *cum campione suo*.

(2) *Lex Baiuvar.*, XIII, 2 XVI, 2. Cfr. *Lex Wisigoth.*, II, 1, 13. VII, 1, 5. *Lex Sax.*, 39. Siegel 202 e Merkel, nota ad h. l.

(3) Cfr. XVII, 2.

(4) II, 11, interpretato da Siegel, 235.

(5) XII, 8. *Si alia probatio nusquam invenire dinoscitur...* In questo caso, come nell'antecedente non è permesso servirsi di campioni. Cfr. Siegel, p. 125, 234. Ai campioni si riferisce il tit. XVIII, da cui desumiamo che essi potevano

È specialmente interessante la procedura per rivendicazione d'immobili: chi è convenuto per indebita occupazione del fondo altrui, giura con sei congiuratori che il campo gli appartiene. L'avversario ricorre allora alla prova testimoniale (1), si estrae a sorte il testimonio, e questi depone con giuramento. Il fondo è allora definitivamente acquistato a colui che ha presentato il testimonio, ma questo può essere accusato di spergiuro e convinto col duello, ed allora è tenuto a rendere egli il fondo, se lo può, od a darne un altro d'egual valore; od a pagarne il prezzo; ciò oltre all'ammenda di 12 soldi per lo spergiuro.

Un caso analogo si presenta quando si rivendichi una cosa venduta, per cui il venditore si rende garante: allora si deve ricorrere al duello fra il venditore, che ha prestata la garanzia e l'attore, mentre il diritto del compratore resta fuori di questione (2).

Alla legge bavara furono fatte in vari tempi numerose aggiunte, di cui parecchie si riferiscono al nostro tema. Esse sono in gran parte decreti dei sinodi bavari e risentono l'influenza dei capitolari franchi, dai quali accolsero parecchie forme d'ordalia. Come abbiamo visto, la legge bavara ricorda solo il duello: il decreto di Tassilone (3) parla di *iudicia, quæ Batwarii ur-*

casore di qualunque condizione sociale, tanto nobili che schiavi. Se essi rimanevano uccisi, colui per cui combattevano, pagava la composizione corrispondente al loro grado.

(1) xvii, 2. Cfr. BRUNNER, *Zeugene. Inquisitions-verfahren*, pag. 16. Siegel p. 172, n. 12 dice che all'interpretazione letterale, secondo la quale l'attore può produrre testimoni solo dopo il giuramento del convenuto, si oppongono motivi sostanziali tali da renderla insostenibile. Disgraziatamente egli non dice quali siano questi *so bedeutende innere Gründe*; d'altra parte il c. 39 della legge sassone contiene a quanto pare una disposizione identica.

(2) xvi, 11, 12, *Append. textus primi*, iv. Cfr. GRIMM, R. A., 115. SIEGEL, pag. 130, 259 e seq. (*Die Form der Gerichtsleistung nach der Lex Baiuic.*). MERKEL, *Das Arnare des bairischen Volksrechtes in Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, II, 101-174. LONDON, Op. cit., pag. 416-433 (*das bair. Firmationsverfahren*), di cui seguo la dottrina, ed a cui rimando per l'esposizione della questione molto controversa.

(3) *Additio* v; iv, 8. *Ut hi qui ducali manu liberi dimissi sunt, ad eadem cogantur iudicia, quæ Batwarii urteila dicunt.*

teila (altri *ordele*) *dicunt*, prescrivendoli per coloro *qui ducall manu liberi dimissi sunt*; è però difficile ammettere che si tratti qui delle ordalie, come alcuni (1) hanno creduto; ed è invece assai più probabile l'interpretazione di Merkel (2), secondo il quale si indicherebbero colla parola *urteila* i giudizi pubblici, ai quali sono sottoposti gli emancipati, in opposizione ai giudizi privati o patrimoniali.

Lo stesso decreto di Tassilone prescrive parecchie regole relative al duello: per evitare che l'esito sia turbato da pratiche magiche e diaboliche è prescritto che i campioni *prius non sortiantur quam parati sint* (3): l'accusato di qualunque delitto può pacificarsi coll'accusatore prima di fissare il duello (4): compiuto il duello non debbono più sorgere contese (5).

Nelle aggiunte posteriori compaiono quasi tutte le altre ordalie, la croce per le controversie *de conjugali copulatione* (6), come nel Decreto Vermeriense, il ferro infuocato e l'acqua bollente per i venefici ed i negromanti (7), i vomeri infuocati in

(1) ZORFFL, D. RG. 931, n. 28. HEFEL, *Conciliengesch.*, III, 615.

(2) N. 25 ad h. l. Cfr. WALTER, D. RG., § 412-414.

(3) IV, 4; sul *sortiri* cfr. HONEYER, l. c., §. 10, 1^a. Il passo è letto ed interpretato erroneamente da DU CANGE, v.° *sortiri*, e così pure da HEFEL, *Conciliengesch.*, III, 614 (*sic sollen sich gegen die sortes festigen*).

(4) I, 11. Merkel annota che si deroga per tal modo al tit. IX, 16, « ut meno » *de probatum furtum* compositione a latrone ansus sit accipere....; il che però non mi pare, poichè l'*accusatus* non è il *latro*, nè per lui si può parlare di *probatum furtum*: piuttosto ritengo che il tit. IX, 16 si riferisca alla sorpresa in flagrante, e si voglia impedire una convenzione privata, per cui il reo sfugga alla pena.

(5) IV, 5. *Qui supra predictae pugnae quod champnoich diximus post peractum iudicium, se simile vindicta erigere contra quarrentem praesumpserit, sacramentum quod atheid dicitur iuret in ecclesiasticum 3 sacramentales nominatos*. Come si vede il passo è oscuro, tanto più essendo dubbio il significato di *atheid*, sul quale cfr. SIEGEL, 236, n. 5; GRIMM, R. A., 907. Vedi pure la traduzione di HEFEL, *Conciliengesch.*, III, 614.

(6) *Add.*, VI, I, 46. *Decr. Syn. ex iussione d. Karoli*.

(7) *Add.* VI, III, 9. *Conc. di Rheispach*, a. 798. Il testo latino ricorda solo il ferro rovente (Cfr. *Lex Thuring.*, 10), il tedesco aggiunge l'acqua bollente. Non so se questa o l'acqua fredda è pure ricordata nell'*add.* XVI, *Quaestiones synod.*: *quis maleficus iudicio aquae vel alia iudiciali comprobatione accipere debet* (da un codice del X sec.).

numero di 9 o 6 per lo schiavo accusato di aver commesso sacrilegio (1). Tutte queste disposizioni avevano valore pei tribunali sinodali, ai quali si riferisce pure una disposizione molto importante dell'aggiunta xvii, da cui appare che l'accusato poteva bensì rifiutarsi alla prova, ma s'intendeva con ciò escluso senz'altro a *limitibus et communione sanctæ ecclesiæ* (2). Di questo diremo però in seguito.

27. — *Leges Wisigothorum* (3). — Il sistema di prova del diritto visigotico, si scosta intieramente dall'antico sistema germanico per influenza del clero, e del diritto romano. La prova incombe in linea principale all'attore, e solo se a questi non riesce di darla, è ammesso il giuramento del convenuto, come lo è nel processo canonico; però i nobili nelle accuse capitali, gli *inferiores* in ogni causa che superi i 500 soldi, possono essere sottoposti alla tortura, se lo esigga l'accusatore, il quale incorre in gravi pene, se l'accusato persiste a negare (4).

Di duello e d'ordalie non v'era menzione, fino ad una legge (5) di data recente, certo posteriore a Kindasvinth (6), che prescrive la prova dell'acqua bollente, in un modo nuovo, che si scosta assai dall'uso comune delle leggi germaniche. Il giudizio di Dio non fa più prova di per sè, ma serve a decidere se si deve ricorrere alla tortura contro l'accusato, od anche se debbono ammettersi a deporre i testimoni, su cui si elevano dubbi (7).

(1) *Add. xvii, Decr. synod. bavaric.*, i, 1-2: *ex misericordia episcopi* si può però sostituire il ferro rovente.

(2) *Add. xvii, ii, 1-2*, pubblicata più correttamente da Dove in *Zeitschr. für Kirchenrecht*, iv, come vedremo nel capitolo seguente.

(3) In CANSIANI *Leges Barbarorum*, iv; oppure in *Portugaliz Monum. Histor. Leges*, i, 1, (1856).

DAHN, *Westgothische Studien*, Würzburg, 1874, p. 272 seq. LÖNNING, p. 118 seq. BETTMANN-HOLLWEG, iv, 239 seq.

(4) vi, i, 2. Per le varie disposizioni ed innovazioni v. Dahn, p. 232 seq.

(5) vi, i, 3.

(6) Dahn, p. 285.

(7) A questo proposito va ricordato anche un passo delle *Exceptiones Petri*, iv, 34: « Villasini... homines et qui facile corrumpuntur et qui nolunt testimonium dare a iudice cogendi sunt, et non solum sacramento recipiantur sed

Alcune disposizioni (1) complementari, contenute in due codici, ma così corrotte da essere quasi inintelligibili, descrivono il modo con cui si compieva la prova.

Pare che un fanciullo di 15 a 17 anni gettasse nella caldaia alcune pietruzze e dovesse poi ritoglierle: l'acqua non doveva essere troppo calda, ed il fanciullo non dimostrare timore.

Secondo Dahn anche le fonti storiche (2) non ricorderebbero mai i giudizi di Dio; mi pare però che il trovare in seguito frequentemente prescritti ed usati il duello ed il ferro infuocato ci autorizzi a supporre, che tali mezzi di prova, quantunque poco favoriti dal legislatore, non fossero punto scomparsi dalla consuetudine e dalla coscienza popolare.

28. — *Capitolari* (3). — La legislazione dei re franchi, i quali esercitarono il loro impero su tanti popoli, che pur avendo avuto origine comune, da lungo tempo svolgevano i loro diritti indipendentemente gli uni dagli altri, non può non risentirsi d'influenze diverse, ed allontanarsi sensibilmente dall'antico diritto franco; questo però ne forma sempre la base, ed è massima l'influenza da esso per tal modo esercitata, specialmente nel periodo carolingio, durante il quale si produce un moto centralizzatore, per cui l'idea imperiale si sovrappone a danno dell'autonomia dei singoli popoli germani (4), soprattutto nel diritto pubblico, e quindi anche nel processo.

« etiam tortoribus subiciantur, id est ad iudicium ignis vel aquae ferrentis ». Quest'ultima proposizione sgrammaticata, in cui si confonde la tortura col giudizio di Dio, ci farebbe sospettare un'aggiunta posteriore, ad ogni modo quest'analogia col diritto visigotico mi pare degna di nota, tanto più che non ricordo altri esempi di un uso analogo del giudizio di Dio.

(1) Vedile riportate ed interpretate in Dahn, p. 286.

(2) Ne esamina alcune i pag. 285, n. 8.

(3) *Capitularia regum Francorum*, ed. Boretius, tom. 1, 1883. (*Mon. Germ. hist. Legum sectio n.* Per i capitolari non ancora pubblicati nell'edizione di Boretius si cita l'edizione di PERTZ, *M. Germ. hist. Legum* 1. Cfr. BETHMANN-HOLWED, v, 164 seq. e sul diritto franco in generale GLASSON, *Hist. du Droit et des Inst. de la France*, vol. II (1889), p. 505-522.

(4) SÖHN, *Fränk. Recht, ecc.*, p. 6 seq. Egli non tiene però conto dell'influenza che i vari diritti possono avere esercitato sul diritto franco.

Rispetto alla prova, poichè sarebbe troppo lungo e di poca utilità ripetere quanto già fu dimostrato specialmente da Brunner (1), mi restringerò esclusivamente al mio tema.

Stabilire principi generali riguardo all'uso dei giudizi di Dio nel diritto dei capitolari non è cosa facile, poichè questi si debbono talora considerare come appendici alle singole leggi barbariche.

In generale però il giudizio di Dio, in cui i capitolari dimostrano sempre piena fede (2), è considerato come l'ultimo mezzo, cui non si può ricorrere se non in mancanza d'ogni altro (3), o per controllare gli altri quando sorga dubbio (4), come si verifica specialmente nella collisione di testimonianze (5).

In questo caso si sceglie ordinariamente un testimonia da ciascuna delle parti, e si ricorre al duello od alla croce.

Per evitare lo spergiuro non sono anzi ammessi a giurare le persone sospette (come quelli già condannati altre volte, od anche gli accusati per la seconda volta da due o tre persone (6)) oppure lo sono solo, se vi acconsentano i *missi*, cui è data la scelta fra il *iuramentum* ed il *iudicium* nel capitulare de *La-tronibus* n. 803-813.

(1) *Zeugen-und Inquisitionsbeurtheil.* Wien 1866. *Die Entstehung der Schwurger.* 1871 (pag. 70 seq., 84 seq. etc.). Cfr. *Das Gerichtszeugniss und die fränk. Königsurkunde in Festg. für A. W. HARTEN*, Berlin 1873, p. 133-172.

(2) È notissimo il cap. *Aquisgr.*, 1 (a. 809) 20. *Ut omnes iudicium Dei credant absque dubitatione.*

(3) *Divisio regnorum*, n. 806, 14. *Divisio imperii*, n. 830, 10. Cfr. *Syn. Francif.*, 794, 9.

(4) *Pipini Italiae regis cap.* 800-810, 4, *ut si suspitio fuerit quod periurassent, ut postea ad campum vel ad crucem iudicetur.*

(5) *Cap. legi addita*, 816, 1. *Item Cap. legi add.*, 816, 1. *Capit. legibus addenda*, 818-819, 10. *Const. Papiensis* 1, 832, 11.

(6) *Cap. miss. Aquisgr.*, 1, 809, 28. (Il giuramento è invece ammesso nel cap. *Aquisgr.*, n. 809, 1, salvo a ricorrere al duello, *si aliquis ipsum sacramentum falsum dicere voluerit*). *Burchardi Stat. Wormat.*, c. 32 « *si quis ex familia furtum fecerit ... legem sibi innatam propter furtum perdat, et si ab aliquo de aliqua re inculpatus fuerit, non se expurget iuramento sed aut duello aut bullienti aqua, aut ferventi ferro* ». *Cap. leg. addenda*, 818-819, 15 (ripetuto in *Ilud.* n. *Capit. diversa*, n. 875, 40).

Il giudizio di Dio è anche il mezzo, con cui l'accusatore può convincere di spergiuro l'avversario, od opporsi al giuramento con 12 congiuratori (1).

Per l'uomo libero ordinariamente è prescritto il duello o la croce, e già abbiamo detto, quali regole si seguissero nella scelta (2).

La caldaia, che era il mezzo abituale di purgazione nel diritto salico appare ora riservata agli schiavi, quando il padrone non voglia purgarli col giuramento, o l'accusa verta su gravi reati (furto che importi pena capitale, omicidio in chiesa) (3).

Delle altre forme di giudizio di Dio, la prova dell'acqua fredda è ricordata, come già si disse, solo per abolirla, ed i vomeri infuocati sono ordinati quando alcuno è accusato di aver ucciso uno dei suoi parenti per non cadere in schiavitù (4).

Ricapitolando, noi troviamo nei capitolari nuovi giudizi di Dio, alcuni probabilmente introdotti di recente, come la croce, altri forse tolti alle legislazioni d'altri popoli germanici, come i vomeri infuocati, altri infine che pur comparendo per la prima volta nelle leggi, dovevano esistere nel costume popolare da lungo tempo, come l'acqua fredda, e il duello esteso a tutti i franchi. Altre forme erano probabilmente in uso, che non sono ricordate dal legislatore, ma che abbiamo trovate negli *ordines* o nelle fonti storiche: però il giudizio di Dio per il nuovo sviluppo preso dalla prova testimoniale, ha perso molto terreno, e quan-

(1) *Cap. Havistall*, 779 (*forma communis*), 10. *Capit. legi Rib. additum*, 893, 4 (ripetuto da Lotario I, *Const. Pap.*, n. 832, 30). *Cap. de latronibus*, 894-813, 3 (in esso, come nella legge ribuaria, per impedire il giuramento si allontana la mano dell'avversario dall'altare).

(2) V. sopra cap. vii, pag. 205.

(3) *Cap. Kar. apud Ansegisum serc.*, (810-811) 6 (vi è la scelta fra la caldaia, ed un altro giudizio di Dio). *Cap. leg. addenda*, (818-819), 1, 15. *Cap. pro lege habenda* (829), 1.

(4) *Cap. legibus additum* (803), 5.

In parecchi luoghi si accenna senz'altro al giudizio di Dio, senza indicarne la forma; così *synod. franconof.* (734), 9. *Ludov. II, cap. eccles.* (856), 21. *Caroli II, decr. Pist.* (864), 13, 20. *Cap. Carisiac.* (873), 7.

tunque usato frequentemente, specialmente per le accuse di spergiuro e nella collisione di testimonianze, ha solo una posizione intieramente sussidiaria (1).

29. — *Constitutiones imperiales* (2). — Gli inconvenienti inevitabili in un sistema di prove, in cui aveva tanta importanza il giuramento, dovevano naturalmente farsi tanto più sentire, quanto più crescevano e si complicavano i rapporti giuridici col crescere della civiltà, e d'altra parte si rallentavano i vincoli che univano prima così strettamente i membri delle parentele, e gli abitanti di uno stesso luogo.

Rallentandosi questi vincoli scomparivano in gran parte le ragioni, che già tentai di esporre, per le quali il sistema dei congiuratori era ben lungi dall'essere così irrazionale, come a prima vista può parere: da ciò un aumento sensibile negli spergiuri, ed un senso di diffidenza verso il giuramento.

Per rimediarvi, i due Ottoni, col consenso dei primati d'Italia, e forse anche del papa (3), emanarono nell'anno 967 quel famoso editto, che un amanuense bellicoso caratterizzò col verso: *Nos belli dono dilat rex maximus Otto*. Seguirono a questo editto a breve intervallo e collo stesso indirizzo le leggi del 969 e la costituzione del 971 (4), che rimettono in vigore ed estendono le disposizioni dell'antico diritto germanico sul duello. Con questo si deve risolvere ogni contesa sull'investitura di un fondo, anzi, si aggiunge in seguito, ogni contesa sui poderi anche quando vi siano documenti, che possono essere impugnati, o dimostrati estorti colla forza, costringendo l'avversario al duello. Parimenti si ricorre al duello per ogni deposito del valore di 20 soldi, per furto o rapina del valore d'oltre 6 soldi, e quando il servo pretende d'esser libero ed il padrone *propter*

(1) La maggior parte dei capitolari citati furono accolti nella raccolta di Ansegiso, e interpolati e rimaneggiati in quella di Benedetto. Cfr. *Anseg.*, I, 102; III, 46; IV, 13, 22, 27. App. II, 3, 34 ecc. BENEDICTI, *Cap. Spuria*, I, 228, 230, 238, 296, ecc.

(2) *Monum. Germ. Histor. LL.*, t. II.

(3) Cfr. il prologo all'editto.

(4) *Ottonis I imp. et Ottonis II regis Edict.* (967, 29 ottobre). *Ottonis I et Ottonis II imp. leges* (a. 969), I. *Contr. Papiensis*, a. 971.

difficultatem approbationis insidiosæ preferisce il duello in persona propria, o per mezzo di campione.

Salvo questo privilegio del padrone, e salvo il caso d'età giovanile, o decrepita, o d'infermità (1), non è permesso ricorrere a campioni se non alle chiese, ai conti *in solis ecclesiasticis rebus*, ed alle vedove. Il vivere secondo la legge romana (2) non esonera dal duello, imposto anche nelle dispute fra chiesa e chiesa.

Enrico II ed Enrico III (3) prescrivono ancora il duello per gravi delitti, come veneficio, omicidio in tempo di tregua, ecc.; ma Enrico IV, derogando a quanto aveva stabilito Enrico II, impone il giuramento con 12 congiuratori all'uomo libero o nobile, accusato di omicidio, ferimento o percosse in tempo di tregua, e la prova dell'acqua fredda allo schiavo (4).

La legislazione imperiale tace poi per un pezzo, durante le lotte col papato, ma già con Federico I troviamo ancora parecchie disposizioni di molta importanza.

Il duello è di nuovo prescritto nei casi di omicidio e ferimento in tempo di pace costituita, se però non vi sono testimoni del fatto, ed i parenti od amici dell'ucciso, od il ferito non acconsentono al giuramento dell'avversario (5); ma il duello è ormai un privilegio, non un diritto di tutti i liberi: perciò

(1) Quando uno degli avversari avesse ottenuto per tale motivo, di servirsi di campione, poteva l'altro imitarlo « (*licet ei pro se pugnatorem imponere et alterum similiter facere*) ».

(2) A questa disposizione non deroga punto, se non erro, un rescritto di Corrado II dell'anno 1038, dove, per porre fine alle controversie sorte fra i giudici Longobardi ed i Romani, si ordina a questi ultimi, « *ut quæcumque admodum negotia mota fuerint tam inter romanæ urbis mania, quam etiam de foris in romanis pertinentiis, actore Longobardo vel reo, a vobis dumtaxat romanis legibus terminentur....* ».

(3) *Heinr. II imp. Leges* (1019), 2, 3. *Heinr. III, Const. Langob. de veneficiis* (1054).

(4) *Const. pacis Dei in syn. Coloniensi* (a. 1083). *Id. in syn. Moguntina* (1085).

(5) *Conventus Brizixæ*, 1158, 2, 3. *Conventus Ratisbon.*, 1156. *Const. de pace tenenda*, 1, 2.

se un soldato accusa un altro soldato, non è ammesso al duello *nisi probare possit quod antiquitus ipse cum parentibus suis natione legitimus miles existat*; chè se l'accusa parte da un *rusticus*, il *miles* si purga con tre congiuratori, e viceversa se il *rusticus* è accusato, a lui spetta di provare la sua innocenza col giudizio divino, cioè probabilmente colla caldaia o col ferro infuocato, oppure col giudizio umano, cioè con testimoni (1).

Col ferro infuocato si purga pure lo schiavo accusato di furto, se però il padrone non vuole purgarlo col giuramento (2), conservandosi così l'antico diritto.

Servirsi di campione, fuori dei casi ordinari, è privilegio dei principi: così lo vediamo accordato al nuovo duca d'Austria (3).

I duelli avvengono in presenza dei nunzi imperiali, o dei principi dell'impero (4), ai quali è fatta facoltà di prostrarne il giorno, quando per alcuna giusta causa non potrebbero trovarsi presenti all'epoca prestabilita (5).

Intanto il giudizio di Dio va sempre più perdendo terreno, e s'introducono altri mezzi di prova più razionali (6): l'onore della prova è infine addossato all'attore, ma in mancanza di testimoni, almeno nei delitti più gravi, gli si permette il duello, lasciandogli anzi facoltà di usare campione, a differenza dell'ac-

(1) *Conv. Ratisb. Const. de pace tenenda*, 8-10.

(2) *Conventus Brivæ*, 10.

(3) *Convent. Ratisb.*, 1156 (17 settembre). *Constitutio Ducatus Austrie*.

(4) Negli antichi diritti, ad es. nel burgundio e nel ribuario i duelli avvengono spesso in presenza del re.

(5) *Reconciliatio Casarea*, (Alessandria) 1184. (*Duella quæ firmantur ante consules, fiunt in presentia nuncii et consulum*). *Sententia de termino duelli prorogando*, a. 1279 (?). Questa sentenza fu data ad istanza del vescovo Leodiense, e si riferisce ad ogni principe dell'impero, avente giurisdizione, *cuiuscunque conditionis existat, coram quo committi consuecere certamina duellorum*. Su ciò ritorneremo nel cap. x.

(6) Cfr. *Const. contra incendiarios*, 1187. Finchè però resta il principio, che la prova incombe al reo, si verificano gravi inconvenienti, ed egli è spesso ridotto ad assai cattivo partito. Cfr. *Heinr. regis curia Wormatiensis*, 1231. *Sententia de probatione criminis Wreel*.

cusato. Questo è poi tenuto al giuramento coi congiuratori, ove l'accusatore non esiga il duello (1).

Con Federico II e Rodolfo I troviamo infine un'innovazione d'importanza capitale: il duello non è più diritto dell'accusatore; ma, salvo il caso di delitto di lesa maestà, è permesso all'accusato di rifiutarlo senz'altro e purgarsi col giuramento (2). Il duello nell'accusa di lesa maestà (3) si conservò poi fino a tutto il secolo XVI, almeno nella dottrina: negli altri casi l'aver data facoltà all'accusato di purgarsi col giuramento, non valse subito a far scomparire il duello, già divenuto, come vedemmo, una specie di privilegio, ma dovette contribuire potentemente a prepararne la trasformazione in duello cavalleresco, trasformazione lenta e graduata, che in gran parte d'Europa si può però dire intieramente compiuta nel secolo decimosesto.

30. — *Diritto longobardo* (4). — Nel diritto longobardo, che solo forse fra i diritti barbarici ebbe una vera e propria elabo-

(1) *Heinr. regis treuga* (1230), 13. *Heinr. regis Curia feueofurt.* (1234), *Sent. de violatione treugarum*.

(2) *Curia Moguntina*, 1235. *Const. parisi.* 17. *Sent. de defensiois a periculo duellionis*, 1290.

(3) Sul modo ordinario di procedere nell'accusa di lesa maestà, si veda l'editto di Enrico VII (*Curia Placena*, 1313) in cui è fatta facoltà di procedere per accusa libera, inquisitoria o denunciatoria, *summarie et de plano, sine strepitu et figura (iudicii prout illi, qui jurisdictioni preest exhibetur expectare)*. Questa costituzione si trova anche riprodotta coll'apparato di Bartolo nelle antiche edizioni del *Corpus iuris* glossato, fra le *Extrauagantes*, ad ex. *Venetis apud Juntas*, 1598, dopo le novelle ed i libri *feudorum*, I v. col. 450 seq.

(4) *Monum. German. Histor. LL*, IV, leggi longobarde, *Libre Populi ecc.* *Leyes langobardorum non capitulare...* per clavisinon... *domi Nicodemus boheri...* *edictis nunquam impressis*. Bonn 1812, edizione principe della Longobarda più corretta di parecchie altre posteriori. Essa fu indicata in modo infortunatamente errato all'articolo *Leyes Langobardorum*, di Brunet che la misse in un bel titolo con un apuseo del Brunet. *Solemnis repetitio famese I. concordantia...* stampato nello stesso formato e con privilegio datato egualmente da Bloys, 3 giugno 1512, inoltre la dice in folio, mentre è in-8°. Ciò è tanto più curioso, perchè l'indicazione esatta era già stata data all'articolo *Curia Moguntia*, al quale il Brunet rimanda per la materia dello strapotere. I due articoli sono riportati integralmente da Hübner. Neppure si può dire esatta la descrizione di Hübner, (*Deiung. zur Literatur-Gesch. des Sa-*

razione scientifica, bisogna accuratamente tener distinte le varie epoche, che si differenziano per la sempre crescente influenza esercitata dal diritto romano e poi dal franco.

Mentre infatti nelle leggi di Rotari e Grimoaldo la teoria della prova conserva ancora il carattere prettamente germinico (1), già l'editto di Liutprando probabilmente per influenza del diritto romano (2), favorisce molto la prova documentale e testimoniale, ed infine quest'ultima prende tale sviluppo da so-

vellen-Auszugs von Julian. Zeitsch. für gesch. Rechtswiss. IV, 154-155), alla quale rimanda Bluhme nella Prefazione al citato volume dei *M. G. H.*, p. ex. Il volume è infatti così diviso: al recto del primo foglio titolo e stemmi, al verso e al recto del foglio seguente, dedica al re di Francia, quindi fino a tutto il foglio ottavo la *Prefatiuncula*, in cui si sostiene che le leggi longobarde possono ancora essere allegate. Segue dal foglio 9 al recto del 103 (non 100) il testo della *Lombarda*, poi la Tavola delle rubriche al verso del foglio 103 e per tutto il 104 non numerato. I fogli successivi contenenti il *Giuliano* sono erroneamente numerati da 101 a 160. Segue ancora un foglio per la tavola, ed uno per il privilegio e la marca dello stampatore, riprodotta da Brunet.

Die Lombarda-Commentare des Aripandus und Albertus hercug. von Dr. A. Anschütz, 1855. (I due commenti non sono opera d'Aripando e d'Alberto, ma probabilmente sunti di lezioni. Cfr. Siegel, *Die Lombarda-Commentare*, negli *Atti dell'Accademia di Vienna*, XL, 1862, e Brunner, *D. RG.*, I, 391. Ogniquale volta sarà citato Aripando od Alberto s'intende dunque lo Pseudo-Aripando e lo Pseudo-Alberto). *Summa legis Longobardorum*, ed. Anschütz, Halle, 1870. *Ugonis Summula de pugna...* curante J. B. Palmerio (Bibl. ined. M. AE., ed. A. Gaudentius, vol. I, 1888). *Longobardorum leges adiecta sunt glossae Caroli Toci* (nel vol. V del *Corpus iuris glossato*, Venetiis ap. Juntas, 1598, col. 553-912). ANDRÉE DE BARUO, *Comm. in leges Longobard.*, (ibid., col. 913-928). ROFRADI, *Summula de pugna* (pubblicata in appendice).

NANI, *Studi di diritto Longobardo*, Torino, 1877-78. ZOERN, *Das Reiseisverfahen nach langob. Rechte*, München 1872. OSENBROGGEN, *Das Strafrecht der Langobarden*, Lönisa, Op. cit., 120-125. DEL GIUDICE, in *Rendiconti del R. Istit. Lombardo*, serie II, V, 18-19. TAMASSIA, *Le fonti dell'Editto di Rotari*, Pisa, 1889. CALISSE, *Diritto ecclesiastico e diritto longobardo*, 1888. MERKEL, *Appunti per la storia del diritto longobardo*, (trad. Bollati, in calce alla storia del *Diritto romano nel medio evo* di SAVIGNY). BETHMANN-HOLLEGG, IV, 376 seq.; V, 375 seq.

(1) Cfr. NANI, I, 63 seq. ZOERN, II, 43-51, 77.

(2) ZOERN, 45, n. 7, 47.

stituirsi gradatamente al duello ed al giuramento e da essere chiamata la migliore fra le prove (1).

Per questo sviluppo preso dalla prova testimoniale si poté sostituire al principio germanico il romano, per cui la prova incombe all'attore, temperato però dall'obbligo imposto al convenuto di purgarsi col giuramento e coi congiuratori, quando l'attore non sia riuscito a provare. Restava però sempre il duello ristretto, contro lo spirito della legge, ai casi tassativamente da essa indicati, ma si finì col considerarlo come un mezzo di prova dell'attore (2), e ciò tanto più facilmente, in quantochè indubbiamente a lui spetta nel diritto più recente la scelta fra il giuramento ed il duello.

Delineata così per sommi tratti l'evoluzione della prova, se noi ci fermiamo al diritto più antico, in cui il convenuto è tenuto alla purgazione, troviamo che quest'ultima di regola avviene col giuramento od il duello.

Non si può però dire con certezza quali rapporti intercedessero fra questi due mezzi. L'editto di Rotari 364, stabilisce che il convenuto, ove prima non abbia confessato, debba *se educiare secundum legem et qualitate causa*, e parimenti Liutprando ordina che il patrono purghi l'aldio per *sacramentum aut per pugnam qualis causa fuerit* (3).

Con queste espressioni si deve indicare e le disposizioni del diritto scritto e consuetudinario e il volere dell'attore.

È infatti fuor di dubbio che vi erano già ai tempi di Rotari cause, in cui non si ammetteva il duello, e che d'altra parte quando questo era ammesso, poteva l'attore esigerlo ad esclusione del giuramento.

(1) ARIST. ed ALB., II, 51. *Cumque probationum plura sint genera... quarum omnium dignior est testium probatio...*

(2) Già Aripando (II, 55, p. 180) afferma che il duello fu introdotto favore actoris, ma ne riconosce la natura mista: *mixtam probationis et defensionis causam habet*. Per contro Carlo de Tocco (gl. « liceat » Lomb., I, I, 7, ed. cit., col. 572) « nam cum pugna modus probandi sit, in electione actoris erit, quo genere probationis uti velit, ut eum convincat. Cfr. gl. *aut per campionem* Lomb., I, 3, 6 (col. 582) ecc.

(3) LIUTPR., 68.

L'avversione del legislatore longobardo per il duello, ed i suoi dubbi in proposito, furono avvertiti da un pezzo. Già Rotari nelle leggi 164-166 lo proibisce in tre casi di grave importanza, cioè quando un prossimo parente sostenga che alcuno è nato da adulterio, o vi sia chi rivendichi il mundio sulla moglie altrui, od infine il marito sia accusato d'uxoricidio.

La ragione data dal legislatore « quia grave et impium (iniustum, absurdum et impossibile) videtur ut talis causa sub uno » scuto per pugnam dimittatur », è lungi dall'essere logica e concludente, poichè altre cause non meno importanti si decidono col duello, e d'altra parte l'importanza della causa non ha a che fare colla giustizia ed ingiustizia del mezzo di prova, ma con ciò Rotari dimostra di non considerare punto il duello come mezzo infallibile di conoscere la verità. Continua Grimoaldo ad escluderlo nelle cause di libertà e proprietà dopo un possesso trentennario (1) e si giunge infine alle celebri disposizioni di Liutprando, che espressamente dichiara di non prestarvi fede (2), e lo proibisce infatti in parecchi casi.

(1) GRIM., 1, 2, 4. Cfr. ARIPPA. ed ALS., II, 35. Sulle innovazioni introdotte da Grimoaldo in confronto a Rotari, cfr. *Lib. Pap. Roth.*, 228, *Glossa ed Expositio*.

(2) Nella legge 56, egli ordina che si restituisca l'aver suo a chi fu convinto di furto col duello, se poscia se ne riconobbe l'innocenza; nella legge 118 mitiga la pena per l'accusato di veneficio, se egli è convinto col duello, « quia » incerti sumus de Dei iudicio et multos audivimus per pugnam sine iustitia » causam suam perdere ». Ed aggiunge che non può vietare il duello « propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum ». Per altro egli ordina altrove che l'accusato di aver dato un consiglio delittuoso si purghi col giuramento et per pugna non fatigetur (72), e così pure il padrone di uno schiavo reo di atti turpi commessi colla moglie di un libero, se venga sospettato di connivenza (121). Se poi lo schiavo sia reo d'omicidio, il padrone deve purgarsi ad legem Dei (21), colla quale espressione io credo si prescrive il giuramento sugli Evangelii, come del resto intese già Carlo di Tocco, *Glossa, ad legem Dei, Lomb.*, 1, 9, 20, (ed. cit., col. 605), ed una glossa alla Lombarda in un manoscritto del XII secolo, di cui si conserva un breve frammento (libro 1, ix, 20-24. x, l. f. xi, l-9), nella biblioteca nazionale di Torino (teca F. iv, 1, fragm. xi). Sul manoscritto noterò per incidenza che conteneva larghi estratti dell'*Expositio* al *Liber Papiensis*, e che andò disperso al più tardi nel XVI sec., perchè i due fogli rimasti fin d'allora servivano di guardia ad un protocollo.

Indipendentemente però dalle restrizioni decretate da Rotari, si deve forse credere che il duello sotto questo re fosse ammesso in ogni caso, quando lo volesse l'attore, come sospetta Löning (1), od una qualsiasi delle parti, secondo la congettura di Bethmann-Hollweg (2) e Zorn? Non abbiamo materiali per decidere la questione; conviene però osservare che al tempo di Rotari la prova non è più abbandonata alle parti, ma vi si nota già una diretta ingerenza dell'autorità pubblica, come appare dai luoghi citati e dalla legge 359 che fissa il numero dei congiuratori per le singole cause secondo la loro importanza, e che d'altra parte il duello non è ricordato se non per delitti importanti pena capitale, per ingiurie gravissime (3), o in cause civili di speciale importanza e difficoltà (4).

Si potrebbe quindi sospettare che per diritto consuetudinario non fosse più ammesso il duello in ogni caso.

Abbiamo detto che quando il duello era ammesso l'attore poteva esigerlo. Così si deve forse interpretare la legge 9 di Rotari che nelle accuse mosse davanti al re (5), per delitto che possa importare pena capitale, prescrive il duello quando *adest homo in praesenti qui crimen mittat*, il giuramento in caso contrario.

L'accusa era infatti la stessa in entrambi i casi (*si quis qualemcumque hominem ad regem incusaverit*), ma se l'accusatore era presente e la ripeteva, probabilmente quando l'accusato offriva il giuramento, si doveva combattere, cosicchè in fondo il

(1) LÖNING, p. 120.

(2) BETHMANN-HOLLWEG, IV, 380, v. 376. ZORN, p. 15, n. 11.

(3) Ed. Roth., 9, 202, 213, 198, 381.

(4) Ed. Roth., 228 (per decidere se chi ha posseduto per cinque anni, lo abbia fatto *malò ordine*) 365, (quando alcuno domandi al figlio il pagamento di un debito, che egli pretende avere verso il padre defunto).

(5) L'interprete greco: *σις βασιλέως... η αρχοντά τινα*. In seguito questa legge fu riferita esclusivamente ai delitti pubblici, come appare dal *liber Prop. Roth.* 9, ARIERI. ed. ALB., I, 1. Ugo, p. 3: ma CARLO DE Tocco, *Glossa, animum suum* (Lomb., I, 1. 7), intende giustamente *id est accusati*, pur riferendo l'opinione altrui (*falsi dicunt: id est Regis*).

duello dipendeva da lui (1). In seguito troviamo accertato l'uso di sfidare il convenuto a duello, escludendo così il giuramento, nella legge 71 di Liutprando, che lamenta l'abuso di uomini malvagi che sfidavano a duello *asto animo*, non per legittimo sospetto, e meglio ancora nella legge 121 che permette al marito, il quale sospetti che la propria moglie si sia comportata poco onestamente con un altro uomo (*turpiter conversari*), di esigere da questo il duello od il giuramento a propria scelta (*aut ad pugna, aut ad sacramentum ipsum hominem querere, qualis voluerit*). Si deve ancora aggiungere il cap. 7 di Adelchi, principe di Benevento, (il quale stabilisce, che si presti il giuramento dal convenuto a meno che *is qui querelam movit prius elegerit illi velle per pugnam approbare*) (2), per non parlare di un numero considerevole di passi del *liber Papiensis*, e delle altre compilazioni posteriori (3).

AmMESSO questo diritto dell'attore, resta a vedere se anche il convenuto, che non volesse o non potesse ricorrere a congiuratori, avesse il diritto di offrire il duello, come sospetta Zorn. Anche qui la mancanza di materiali rende difficile la decisione.

Nelle compilazioni posteriori questo diritto del convenuto non si trova, ma a loro non si può attribuire grande importanza, perchè non di rado contengono principi in perfetta opposizione coll'antico diritto, e ciò massime in materia di prove.

Anche la legge 121 di Liutprando, pur prescindendo da ciò che essa può contenere un'innovazione all'antico diritto, o una semplice eccezione, non toglie ogni dubbio, poichè essa con-

(1) BETHMANN-HOLLWEG, l. c., n. 30, sostiene invece che in questo caso la provocazione a duello partiva dall'accusato, basandosi senza dubbio sulla parola *liceat*; (*liceat ei per campionem... crimen ipsum desuper se, si potuerit, elicere*). Senonchè, a mio avviso, la parola *liceat*, in questa ed altre espressioni analoghe, non è punto usata ad indicare la facoltà di scelta da parte dell'accusato, ma solo a significare che egli è ammesso a purgarsi dell'accusa.

(2) Si tratta di rivendicazione di cosa mobile od immobile, quando il possessore asserisca che a causa d'incendio o di saccheggio perdette l'istrumento, che provava il suo diritto. Così pure RADELOISI et SIGIULNI, *Divisio ducatus Beneventani*, n. 851.

(3) *Lib. Pap. Roth.*, 202, 366. *Exp. Anipr.* e *Alm.*, I, 32. ALBERTO, II, 55 (pag. 188). Ugo, p. 6. CAROL. DE TOCCO nei passi citati a pag. 293, n. 2. ROFREDO, VI.

stata solo il diritto dell'attore di richiedere il giuramento od il duello.

D'altra parte le leggi 202, 213, 228, 365 di Rotari, 7 di Grimoldo (1), 11 di Liutprando, prescrivono il giuramento od il duello con espressioni tali (2) da lasciar sospettare che la scelta potesse anche dipendere dal convenuto, quantunque esse debbano intendersi colla limitazione nascente dal diritto, che aveva l'attore di richiedere subito il duello. Inoltre la scelta fra il giuramento ed il duello è espressamente accordata al convenuto nelle leggi 198 e 381 di Rotari, in casi però che possono apparire eccezionali; stabiliscono infatti queste leggi che chi è accusato per aver lanciato gravi ingiurie ad un uomo o ad una donna libera, o neghi col giuramento di averle proferite, o col duello le dimostri fondate.

Insomma nulla si può affermare con certezza, ma non è improbabile che almeno in origine anche il convenuto potesse scegliere fra il duello ed il giuramento.

Prestato il giuramento non è ben certo se in ogni caso fosse permesso all'attore di impugnarlo e specialmente se col duello: Liutprando stabilisce bensì pene per lo spergiuro, ma Adelchi, principe di Benevento, dispone che il giudice, quando crede che il convenuto abbia spergiurato, o sa che tale è la pubblica fama, possa concedere il duello all'attore, se questi lo richiede (3), e tale disposizione rassomiglia più ad un allargamento che ad una restrizione nell'uso del duello; ad ogni modo nelle compilazioni

[1] Da questa legge, come già osservò Nani, *l.* 82, n. 1, si potrebbe sospettare che anche presso i Longobardi fosse usato il duello con una donna; l'ipotesi però è esclusa dal confronto con Rotari, 202. Cfr. del resto *Lib. Pop.* ad h. l. (forse l'unico passo in cui sia usata la parola *duellum*). ARIFA. ed ALB., *l.* 3. *Summa*, *l.* 3.

(2) « ... liceat parentibus eam purificare aut per sacramentum, aut per campionem; ... liceat ei aut per sacramentum aut per campionem se purificare... aut per sacramentum debeat negare aut per pugnam defendere... » *præbeat... sacramentum... aut per pugnam defendat si potuerit* », ecc. L'osservazione era già stata fatta da Borneo, *l. c.*

(3) *Capit. Adel.*, 6.

posteriori è sancito il principio: «periurium per pugnam con-» vincitur etiam si de principali questione pugna non fieret » (1).

Per finire l'enumerazione dei passi, che nelle leggi longobarde si riferiscono al nostro tema, ricordiamo ancora che per quanto si desume da Liutprando (II, 68) gli schiavi e gli aldi (a differenza dei liti franchi) dovevano essere purgati dal padrone col giuramento od il duello (2): ove non lo fossero, pare che anticamente si intendessero convinti, ma già Liutprando punendo chi sottoponesse alla prova della caldaia (3) lo schiavo altrui, senza il consenso del padrone, mostra che questa prova era usata, probabilmente quando non si volesse giurare o combattere per il servo.

In seguito l'ordalia venne preferita al giuramento ed al duello del padrone (4), e più tardi ancora venne permesso allo schiavo stesso di dimostrare la propria innocenza col duello, ove l'avversario vi acconsentisse (5), o di provare per tal modo la propria accusa nel reato di lesa maestà, ed in ogni altro in cui potesse farsi accusatore. Tutto ciò appartiene però ad un'epoca molto posteriore.

Un'altra legge di Liutprando, già ricordata, per evitare che in mala fede si provocasse a duello, ordina che l'attore presti prima un giuramento *de astu*, ossia che egli giuri di provocare l'avversario, perchè in buona fede lo ritiene colpevole. Si

(1) ARIPR., II, 58. Cfr. ALBERTO, *Ibid.*, *Liber Papiensis Pipini*, 44. ROFR., I, 18.

(2) Cfr. *Lb. Pop. Roth.*, 213. Exp. ARIPR., I, 25, (p. 74).

(3) È questa l'unica menzione delle ordalie che si trovi nelle leggi longobarde.

(4) UGONE, p. 3, «... cum servus sit mittatur ad iudicium aque ferventis... » vel purificabitur a domino sacramento aut in pugna, *quod mihi non placet*. Cfr. p. 4. ALBERTO, II, 55 ricorda solo l'ordalia, ma altrove I, 25 (p. 56) fa eccezione per il caso di servo fuggitivo. Cfr. ARIPR. ed ALB. II, 44. ROFR., I, 6, 12. II, 8.

(5) CAROL. DE Tocco, *Glossa « componat » Lomb.* I, 1, 7. « Quid si servus sit accusatus? Respondeo forte per pugnam se defendet, actore volente, aut (et « molius) ad iudicium mittetur et apparebit an sit innocens necne si vero « accusator fuerit, pugnare poterit, ... cum admittatur ad accusationem: servi « enim non facile admittuntur ad pugnandum.... ». Vedi invece ARIPR., II, 55, (p. 180). Alberto e Ugo, i quali non ammettono mai lo schiavo a combattere. Cfr. per altro sopra pag. 172, n. 3.

può dubitare della bontà di questa trovata, che indica la poca fede del legislatore nel giudizio di Dio; essa però dimostra a parer mio erronea l'opinione di coloro i quali volevano che l'attore asserisse con giuramento *rem sic esse* (1), affinchè vi fosse opposizione col giuramento del convenuto, *rem sic non esse*, e così si venisse al duello. La questione si complica per le disposizioni posteriori, ma la legge « *Mentio etenim* » accolta nel Lib. Pap. Kar. Magni 65 (2) e nella Lombarda II, 55, 24, doveva viè meglio servire ad escludere il giuramento dell'attore.

Invece con interpretazioni straniissime se ne contorse intieramente il significato naturale e la disputa durò vivacissima nel campo dei Lombardisti.

Ad essa si riferisce lo scritto di Ugone, che combatte acutamente un *Mantuanus*, il quale sosteneva appunto la necessità dei due giuramenti contraddittorii. In questo Mantuanus Merkel (3) con congettura abbastanza probabile, credette ravvisare il glossatore Aliprando, cui si attribuisce una chiosa alla Lombarda, e che è il Liudprandus o Lutprandus della glossa stampata di Carlo di Tocco, in cui sono così frequenti gli errori specialmente nei nomi (4).

In questa glossa alla legge citata *Mentio etenim*, Carlo di Tocco riassume la questione, esponendo diffusamente le quattro opinioni predominanti, fra cui quella di Aliprando, di alcuni *Papienses*, e di un detto *Bartolus*, forse per errore di stampa, e che sappiamo essere stato suo maestro (5). Altrove egli attesta quale fosse in proposito la consuetudine vigente nel regno di Sicilia (6), in cui pare che l'attore giurasse *de astu*, salvo quando l'accusa fosse *de crimine publico*, nel qual caso l'accusato giu-

(1) In questo senso v. ALIPRANDUS, II, 55 (p. 181), il quale dice degli avversari *magis moribus contra legem asserunt quam lege*; v. pure ALBERTO, II, 55 (182-183) il quale tiene una via di mezzo fra Ugone ed il *Mantuanus* combattuto da lui e da Rofredo III in pr.

(2) Essa però, salvo errore, non si trova nei capitolari conosciuti.

(3) *Append. a Savigny*, trad. BOLLATI, III, 414.

(4) SAVIGNY, Op. cit., II, 326, 329.

(5) SAVIGNY, II, 326, g.

(6) Glossa « *in praesentia* » Lomb., I, 1, 7 in fine.

rava primo, ed in seguito l'accusatore confermava con giuramento la propria accusa. Un'altra esposizione delle varie opinioni si trova in Rofredo, che per parte sua si accosta assai ad Ugone, senza citarlo (1).

Per noi la questione non è di tale importanza, da meritare la lunga trattazione che si richiederebbe ad esporla adeguatamente.

31. — Ricordate così le varie disposizioni delle leggi longobarde sui giudizi di Dio, sarebbe fuor di luogo fermarci egualmente sul *liber Papiensis* e la Lombarda, in cui sono riprodotte le leggi longobarde e quasi tutte le disposizioni già da noi esaminate nei capitolari e nelle costituzioni imperiali (2) fino ad Enrico III, (come imperatore Enrico II).

Piuttosto è interessante esaminare le innovazioni introdotte dagli interpreti per influenza del diritto franco e specialmente del romano, che è proclamato il diritto *generale* (3), il diritto cui si ricorre sempre quando per un determinato caso non disponga il diritto longobardo. È facile capire quale importanza abbia questo principio, e quale rivoluzione dovesse produrre, specialmente in materia di prova, stante la scarsità e l'incertezza delle leggi longobarde, che non danno mai un principio generale sull'argomento. Da esso nasce direttamente la dottrina esposta nelle glosse a Rotari 2, 359, 365, 367, nella formula seconda a Rotari 361 e via dicendo, che cioè il convenuto deve subito essere ammesso al giuramento, quando le leggi longobarde espressamente lo indichino, mentre negli altri casi l'attore può, se lo voglia, dare egli la prova, e solo ove non lo faccia si ricorre al giuramento.

(1) Una frase caratteristica: *Sileat ergo Mantuanus cum suis sequacibus*; si trova tanto nello scritto di Ugone quanto in quello di Rofredo.

(2) Per tal modo s'introdussero fra i Longobardi nuove forme d'ordalia, la croce, (la cui abolizione è ricordata nell'*expos.* a Carlo Magno, 130, e a Lotario, 93), ed i vomeri infuocati (*Lib. Pap. Kar. Magni*, 104) ricordati ancora da Ugo, p. 6.

(3) Cfr. i passi addotti da MERKEI, *Appunti per la storia del diritto longobardo*, pag. 34, n. 26. Aggiungì ANDREA DE BARULO, I, (col. 914) più esplicito di tutti: « Et quotiescunque aliquid non est determinatum per ius Longo. recurrendum est ad ius Roma.... ». V. anche BRAUNER, *D. RG.*, I, 390.

Questa non è del resto la sola teoria del *liber Papiensis*, opera di compilazione in cui sarebbe vano cercare unità di principi. Vi troviamo infatti ricordata l'antica teoria germanica, come opinione di alcuni interpreti (*secundum quosdam*) nella glossa a Rotari 151, in cui anzi la si raffronta col principio romano:

« Litigatorum alii ostendunt rem esse suam, unde appellantur, » ut rei Longobardi.... alii ostendunt rem unde agunt suam esse, » ut Romani actores ».

E si noti che si tratta qui di rivendicazione, materia in cui più presto doveva trionfare il principio più razionale del diritto romano.

Questo è poi predominante, colla limitazione già accolta dal diritto canonico, nella dottrina formulata nella esposizione a Rotari 359, 5, e divenuta in seguito generale (1): « *reus per sacramentum se defendit, cum actor deficit in probatione*.

Ho già ricordato il principio introdottosi in opposizione all'antico diritto, e per cui il duello è ammesso solo, quando sia espressamente indicato dalla legge (2); ciò spiega l'utilità delle enumerazioni dei casi in cui è ammesso il duello, enumerazioni, che si trovano così frequenti nelle antiche compilazioni (3).

(1) V. ARIPR., II, 55, (p. 178), *Summa legis*, I, I. ANDREA DE BARULO, I, (ed. cit. col. 914). Cfr. *Lib. Pap. Oth.*, I, 7. È curiosa la spiegazione che dà Alberto (II, 55 p. 178): « *Sicut enim actor cogitur probare suam intentionem, si velit obtinere, ita et reus cogitur defendere quod negat per sacramentum aut per iudicium aut per pugnam et in casu (!) testibus....* ». È chiaro che il principio romano ed il germanico così esposti sarebbero inconciliabili. Meglio il contemporaneo Ugo (p. 5): « *Sicut ex ordine verum est actorem suam fundare intentionem, ita verum est reum eius quod negat compelli subire defensionem, alioquin condemnabitur* ».

(2) Cfr. ad es. *Lib. Pap. Roth.*, 203. ARIPR. ed ALB., II, 55, (p. 130). CAROL. DE TOCCO, *Glossa, pugnam, Lomb.*, I, 3, 6 (col. 582). UGO, (p. 5).

(3) *Questiones et monita*, 6, (*Intentiones unde per legem potest haberi pugna*). PERTZ, *LL.*, IV, 590, enumera 23 casi). *Memoratoria ecc.*, (ib. p. 657). ALBERTO, II, 55 (p. 180-189). UGOIS, *Summula de pugna*. ROVEREDO, *De pugna etc.* Altre compilazioni sono indicate da MERKEL, *Op. c.*, p. 45.

Il citato passo di Alberto non ha raffronto in Ariprando, ma invece ha tali punti di contatto colla *Summula* di Ugo, da farmi credere che uno dei due

Parimenti ho già ricordato come nel diritto più recente si attribuisca all'attore la facoltà di scegliere fra il giuramento ed il duello: si deve però aver riguardo alla nazionalità del convenuto, poichè in correlazione alla dottrina sovraesposta, per cui il duello è solo ammesso nei casi indicati dal legisla-

autori conoscesse lo scritto dell'altro. Si raffronti infatti Ugo, *Sed postquam mentionem de pugna ecc.*, (p. 3), fino a *Item si quis alium incriminatur cum uore sua ecc.*, (p. 4), con Alberto *Qualiter autem pugna fieri debeat ecc.*, (p. 180) fino a *Item de furto* (ultima linea della pag. 183). Ugo (p. 5), *Preterea sciendum est ubicumque pugna debet fieri ecc.* fino a *Preterea sciendum est unumquemque ecc.*, con Alberto (p. 188-189), *Et in omnibus his casibus ecc.*, ed ancora Ugo (p. 6) *Qualiter reus per pugnam*, con Alberto (p. 178-180) *Super qualiter actor* fino a *Per pugnam pluribus in casibus, ecc.* Nel resto si notino alcune differenze nell'ordine con cui sono esposte le varie cause di duello, senza che se ne possa scoprire la ragione.

Sarebbe ora interessante sapere quale dei due autori si sia servito dell'opera dell'altro; disgraziatamente ciò è difficilissimo a determinarsi. Si potrebbe credere a prima vista che Ugo compilasse sullo scritto d'Alberto, poichè in due punti raggruppa varie cause di duello esposte separatamente da quest'ultimo; parmi però che sia preferibile l'opinione contraria per le seguenti ragioni:

1° Alberto a pag. 188 seguendo l'ordine stesso tenuto da Ugo (p. 5) afferma che « non alias fit pugna nisi lege exprimatur », ma ciò costituisce in lui una ripetizione affatto ingiustificata, perchè seguendo Ariprando egli aveva già data questa regola a p. 180; — 2° Ugo (p. 3) in un passo da noi citato dice che il servo si purga egli stesso coll'ordalia, oppure vien purgato dal padrone col giuramento od il duello, aggiungendo che ciò a lui non piace (*quod mihi non placet*); Alberto al passo corrispondente riproduce solo la prima parte, e non fa parola del giuramento e del duello del padrone. (Cfr. sopra, p. 298, n. 4); — 3° Ugo (p. 5) asserisce che l'attore può scegliere fra il giuramento ed il duello, nei casi in cui questo è ammesso, a meno che il convenuto non si offra a dare la prova: « Preterea sciendum est ubicumque pugna debet fieri » esse in electione actoris utrum velit purificari » (forse è da leggersi *pugnare*, o meglio da aggiungersi *reum* come in Alberto) *nisi reus afferat iustas probationes*. Tunc enim reus suis probationibus audiri debet, et non actor purgare volens ecc. ». Alberto invece esprime l'opinione contraria in questo modo: « Et in omnibus his casibus, ubi pugna fiet, in electione actoris est » utrum velit reum subire sacramentum aut pugnam facere, *quancis reus iustas afferat probationes* ». È chiaro che quando Alberto scriveva, doveva avere presente l'opinione contraria di qualche interprete, espressa colle parole usate da Ugo: *nisi reus ecc.*, e non viceversa, poichè l'espressione propria e chiara di Ugo, diviene impropria e per sé oscura e fuor di luogo in Alberto.

tore, si stabilisce anche che ogni qualvolta esso è prescritto nelle antiche leggi longobarde, solo i Longobardi possono e devono servirsene, mentre invece tutti vi sono obbligati, quando sia prescritto nella legislazione imperiale.

Ciò è esplicitamente asserito da Ugo ed Alberto (1), ma già lo applica il *Liber Papiensis Roth.*, 213: « Hominum criminandorum de uxore alterius fornicata, alii possunt se defendere » per bellum aut per sacramentum, ut si actor et reus fuerint » Longobardi, alii per solum sacramentum, ut si actor vel reus » fuerint Romanus vel Salichus (2).

Ugo (3) restringe ancora l'uso del duello, accordando al convenuto la facoltà di rifiutarlo quando egli possa dare altrimenti

Certo io non intendo dare queste ragioni come assolutamente convincenti, tanto più che non sarebbe impossibile che i due autori attingessero ad una fonte comune, forse il *Mantuanus* combattuto da Ugo.

Comunque ciò sia, ove si ammetta che Alberto attingesse, o meglio conoscesse la *summula* di Ugo, si ha un nuovo e decisivo argomento in appoggio alle congetture di Anschütz, che fece Alberto contemporaneo dei quattro dottori, basandosi anche sopra un passo (II, 35, p. 11) in cui ravvisò un accenno ad una questione che si dibatteva allora fra i romanisti (*Einl.*, XXI a XXIII). Del resto l'opinione di Alberto è quasi sempre diversa da quella di Ugo nella questione del giuramento da prestarsi dall'attore, oltre che nei punti già ricordati. Vi sarebbe anche un'altra differenza in ciò che Alberto non ammette al duello il minore di 18 anni, Ugo invece il minore di 14; ciò però deve attribuirsi ad errore del manoscritto Parigense, poichè Ugo al pari d'Alberto richiede 18 anni per il giuramento, ora non può essere ammesso a combattere chi non è ammesso a giurare. Ad un errore del manoscritto deve forse anche attribuirsi il trovare richiesto il valore di 30 soldi, perchè si ammetta il duello per un deposito mentre Alberto giustamente indica 20 soldi, come è prescritto da Ottone.

(1) Ugo, 5. ALB., II, 55, p. 188.

(2) Non si può quindi considerare come generale la regola data qui per l'accusa d'adulterio, per cui le leggi longobarde prescrivevano il duello, mentre la legislazione imperiale non fa menzione di questo caso. Ciò va ricordato per Bethmann-Hollweg (I, 378, n. 29), il quale cita punteggiando dopo *criminandorum*, e naturalmente non sa spiegarsi l'eccezione fatta per il *Salichus*, ed ammette affatto erroneamente che il *Romanus* non è mai tenuto al duello.

(3) Ugo, I. c. Cfr. l'importante passo di Roth. I, 13: contra ALBERTO, I. c.

la prova e ciò perchè il duello è *odioso* e vi si deve ricorrere solo nei casi estremi, ma questa dottrina seguita poi anche da Rofredo, è esplicitamente contraddetta da Alberto.

Infine in alcuni passi del *Liber Papiensis*, ai quali già accennai, la facoltà di scelta fra il duello ed il giuramento compete all'attore solo se la risposta del convenuto sia in qualche modo ingiuriosa per lui, negandone la buona fede: in caso contrario è imposto solo il giuramento. Ciò si vede meglio che altrove nella formula a Rotari 147:

« Petre, te appellat Martinus quod tu portasti focum ultra 9
» pedes de focolari, ed de ipso foco fuit incensa una sua casa...
» Si dixerit *non portavi* non faciat pugnam sed iuret » (perchè l'attore poteva essere stato tratto in inganno in piena buona fede): « si dixerit « Portavi, sed non fuit incensa tua casa » fiat
» pugna, si vult qui appellat ».

Così pure nella formula a Rotari 146:

« Si dixerit « Incendi ego ipsam casam sed non valebat
» tantum », tum veniant vicini et estiment. Et si dixerit quod
» mobilia non fuerint tanta incensa, si appellator facere pugnam
» vult faciat ».

Evidentemente in questa seconda ipotesi l'attore non poteva errare in buona fede, asserendo che gli erano bruciati mobili, che non aveva, o che aveva salvati dall'incendio (1).

Ci resta a dire brevemente dell'uso dei campioni. Nell'antico diritto, come abbiamo visto, la donna era difesa col duello dai parenti, lo schiavo e l'aldio dal padrone. Inoltre anche i vecchi ed i fanciulli dovevano certo essere difesi dai parenti, benchè di loro non si parli. Non si può però dire se fossero ammessi i veri campioni prezzolati, e specialmente per chi potesse combattere (2). I capitolari e le leggi degli Ottoni regolarono poi questa materia, in cui finì per prevalere la consuetudine di cui

(1) Analogamente *liber Pap. Roth.*, 148.

(2) Non deve trarre in inganno l'espressione per *camphionem*, poichè con essa si indica semplicemente il duello, Kampf; più tardi però si usò questa parola ad indicare anche il combattente. Cfr. *Glossar. Matrit.* (Ll. iv, 651) *camphio id est pugna*. *Gloss. Cav. et Vatic.* (ib. 652) *camphio id est pugna seu pugnator*. L'interprete greco tradusse per *camphionem* διὰ πολεμάρχου.

ci fanno fede Ugo e Rofredo, per la quale « *unicuique pro se* » *camphionem ponere permittitur* » (1). Però il *Liber Papiensis*, Aripando ed Alberto si conservano ancora in massima fedeli all'antico diritto.

Secondo il *Liber Papiensis Oth.* (10 glossa) non possono combattere i pupilli, poveri, decrepiti (2), certe specie d'infermi, donne, ecclesiastici, servi e libertini: possono invece a loro arbitrio servirsi di campioni i *comites* nelle dispute *cum ecclesiis, cum viduis, comitibus*. Troviamo qui contro alle espresse disposizioni d'Ottone ammesso il campione per i *comites* anche all'infuori delle cause ecclesiastiche, ed esclusi dal duello i *pauperes* ed i libertini senza alcun fondamento nelle leggi a meno che per gli ultimi non si voglia invocare il *natura liberi* dell'Editto di Ottone. L'*expositio* corregge quest'ultimo punto, ed afferma che erravano gli antichi, sostenendo che il libertino potesse servirsi di campione, ma la ragione che ne dà argomentando dalle parole *Laycorum nullum*, e da ciò che altrimenti il libertino sarebbe più favorito dell'uomo libero, è troppo ampia, perchè si potrebbe ripetere dello schiavo, e dimostra solo che il duello cominciava ad essere considerato come un peso, e non come un privilegio, di cui l'uomo libero deve essere geloso.

Notiamo ancora per finire, che per una disposizione, certo non conforme all'antico diritto, al campione vinto si taglia la mano. Aripando vuole bensì fare un'eccezione in favore dell'attore, il quale, secondo lui, giura solo *de astu* e quindi non è convinto mai di spergiuro (3); egli stesso però confessa che l'opinione contraria era la prevalente.

32. — *Anglo-Sassoni* (4). — Presso gli Anglo-Sassoni noi troviamo due specie di procedure, cioè la prova con testimoni,

(1) Ugo, p. 6. Così pure Roffredo, II.

(2) Secondo le *Quest. ec Mon.*, § 32, è escluso dal duello chi ha compiti i 58 anni d'età.

(3) Aripando, II, 55, p. 182. Vedi anche la glossa di Carlo di Tocco alla citata legge *Mentio*, il *Liber Pap. Widonis*, 5 form. e Roffredo, III, in f.

(4) *Ancient Laws and Institutes of England*, 1840. (Eccellenzialmente ricorsi anche all'edizione di Wilkins in *Canons*, t. IV). R. de Glanville, *Trac-*

inquisizione e documenti, e la purgazione dell'accusato (*sada*) per mezzo del giuramento coi congiuratori o delle ordalie. Queste sono in numero di quattro: il *iudicium offæ* (*corsnaed*), il ferro infuocato, l'acqua bollente e l'acqua fredda (1). Si ricorre all'ordalia quando l'accusato non trovi congiuratori, o non voglia giurare, o sia già stato altre volte convinto di falso (2). Le forme più spesso ricordate sono il ferro infuocato e l'acqua bollente, d'ordinario prescritte congiuntamente (3), nel qual caso la scelta fra di esse spetta all'accusatore (4). La prova dell'acqua fredda, se non erro, è ricordata solo in *Æthelstan* I, 23, benchè in pratica non dovesse essere rara. Il *corsnaed* è riservato agli ecclesiastici senza amici o parenti che loro servano da congiuratori (5), ma in pratica fu forse esteso anche ai laici, benchè gli esempi che ne dà Du Cange appartengano, pare, alla leggenda e spesso si debbano dire più miracoli che giudizi di Dio.

latus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ (in appendice a PHILLIPS, II, 335-473). STUBBS, *Select Charters*, Oxford 1881. *Placita Anglo-Normannica*, ed. BIGLOW, 1879. PHILLIPS, *Englische Reichs- und Rechtsgeschichte seit...* 1066, 1828. GRABO's, *Gesch. des englischen R.* (trad. W. SCHAFFNER), 1839. BIGLOW, *Hist. of procedure in England from the norman Conquest. The norman period*, (1066-1204), 1880. C. L. BRACE, *Gesta Christi ecc.*, 1882. GLASSON, *Hist. du droit et des Institutions de l'Angleterre*, Paris 1882-83, vol. I-III. J. STEPHEN, *A hist. of the criminal Law of England*, 3 vol., 1883. BRUNNER, *Entsteh. der Schenkurgerichte*.

(1) Non è giudizio di Dio l'eucaristia quale è prescritta in *Cnut Eccles.*, v, cit. certo per errore, da DAW, p. 43, come pure il giuramento ricordato da Egberto e di cui già abbiamo detto, respingendo l'opinione di GLASSON, I, 247.

(2) *Cnut Sec.*, 35. *Eduard*, I, 3.

(3) Fa eccezione prescrivendo il solo ferro infuocato *Aethelstan*, I, 14, ed in seguito *Emr.*, I, LXXV, 6.

(4) *Aethel.*, IV, 6. *Ethelred*, III, 6. I manoscritti della *versio antiqua* danno *accusatus* invece di *accusator*, e la prima lezione è infatti seguita da Canciani, p. 295.

Ad ogni modo errano GLASSON, I, 246 e GRABO, 27 affermando che la prova dell'acqua calda era riservata agli schiavi. È questo un principio del diritto posteriore.

(5) *Ethe.*, IX, 22-24 ripetuto in *Cnut Eccles.*, 5.

La purgazione imposta all'accusato è semplice o triplice, detta anche *plena* secondo la gravità dell'accusa ed i precedenti (1); la differenza sta nel numero dei congiuratori, se si presta il giuramento; se invece si ricorre all'ordalia, nell'essere questa semplice o triplice (o *plena* ETHELRED, IV, 5), cioè nel pesare il ferro infuocato, una o tre libbre, e nel doversi immergere nell'acqua bollente la sola mano, oppure il braccio fino al cubito (2).

Le ordalie sono proibite nei giorni di festa e di legittimo digiuno (3), esse debbono compiersi *in curia regis* (4) e colle formalità stabilite e descritte da Æthelstan I, 23, e Ina 77 (5), le quali sono le stesse che troviamo nei formulari.

Nelle leggi anglo-sassoni non è mai ricordato il duello, ed alcuni credono che esso fosse infatti sconosciuto prima della conquista normanna (6). Ad ogni modo, appena introdotto dai normanni incontrò molto favore, ed è spesso ricordato anche nei documenti inglesi (7), e ciò è tanto più notevole in quanto che le leggi di Guglielmo il conquistatore (8) non lo impongono

(1) *Aeth.*, I, 4-7. *Ethel.*, I, I. III, 3-4, 7-8. *Cnut Sec.*, 22, 30, 58. Erroneamente GLASSON, I, 247, dice che si ricorreva alla semplice o triplice ordalia *sufficiant... qu'il s'agissait ou non d'un crime de lèse-majesté divine*.

(2) *Aeth.*, IV, 6-7. *Edgar*, 9.

(3) *Edw.* e *Guthrum*, 9. *Ethelb.*, V, 18. VI, 25. *Cnut Eccles.*, 17. *Canons...*, under King Edgar, 24.

(4) *Ethelb.*, III, 6.

(5) Questo capitolo è ommesso negli *Ancient Laws*, non così nell'edizione di WILKINS. Una parte del testo Sassone è riferito da GRIMM, *R. A.*, 917.

Oltre ai passi citati sono ancora ricordate le ordalie nelle seguenti leggi anglo-sassoni: *Aeth.*, I, 19, 21 (non mi appaga l'interpretazione di GLASSON: *l'accusé avait encore la faculté d'y échapper (aux ordalies) en composant avec son adversaire*) III, 6; V, I (4) 9. *Edmund Conc. Culint.* 5, (corrotto!) *Ethel.*, I, 2 (ripetuto in *Cnut Sec.*, 32) IV, 3, 7. *Cnut De Foresta*, 13. *Ord. respecting the Dunsetas*, 2, 8. *Edic. Confess.*, 16, 19.

(6) PHILLIPS, II, 282. GLASSON, I, 248. *Il semble que les Saxons n'ont jamais connu la procédure du duel...* BRACE, p. 164, dice invece che il non trovar menzione del duello nelle leggi non è abbastanza concludente per la pratica; anche BIGELOW, 326-327 dubita, benché altrove, p. 68, attribuisca al clero il non essersi introdotto il duello fra gli Anglo-Sassoni.

(7) BIGELOW, p. 327. *Placita*, 16, 42, 62, 69 ecc.

(8) II, *Carta de appellatis*. Cfr. III, 12.

mai agli *Anglici*, ma permettono loro di purgarsi colle ordalie: « Et si anglicus nolit se defendere per bellum, vel per testimonium, adlegiet se per Dei iudicium (1) ». Viceversa l'Inglese può sfidare il Normanno (*Francigenani*) a duello, per furto, omicidio ed altra accusa qualsiasi, *pro qua bellum fieri debeat vel iudicium inter duos homines*, ma se non lo fa, il normanno si purga coi congiuratori *secundum legem normanniae*.

Come si è visto l'accusatore sfida l'avversario a duello (2), però anche l'accusato ha talora il diritto di richiederlo per iscolparsi.

Gli ecclesiastici, le donne, i giovani, i vecchi, gli infermi non possono essere costretti a ricorrere al duello (3), benchè volendolo possano servirsi di campioni.

Inoltre, fin dai primi tempi dopo la conquista, i cittadini di parecchie città ottennero privilegi, per cui non potevano essere costretti a combattere: così quelli di Londra, Winchester, Lincoln, ecc. (4).

(1) Inoltre se è invalido *et nolit bellum vel non possit*, può scegliersi un campione.

(2) Cfr. BIELLOW, 177, n. 1. 295, 296. V. anche *Enrico I*, ix, 6. Quanto alla procedura ed alle formalità che accompagnavano il duello v. GLANVILLE, II, pag. 460 e seg. GLANVILLE, II, c. 3-5. Glanville ammette il duello precipuamente nel caso di rivendicazione d'immobili, se però lo vuole il possessore (l. c.) nelle dispute sulle *advocationes ecclesiarum* (iv, 6), sulla dote (vi, 10), quando sia negato un debito (x, 12), nell'accusa di delitto di lesa maestà (xiv, 1).

In quest'ultimo caso, se l'accusato per legittima causa è scusato dal duello, deve purgarsi col ferro rovente o colla prova dell'acqua, secondo la sua condizione sociale. Non è ammesso il duello nelle cause di libertà o servitù (v, 4).

(3) BIELLOW, 297, 252, n. 3.

(4) *Enr. I, Carta civibus Londoniarum* (in STRUBS, *Select. Charters*, p. 108, od anche *Ancient Laws*, p. 217) « et sint quieti de schot et de loth, de Danogildo et de Murdro, et nullus eorum faciat bellum ». *Charter of Richard I to Winchester*, 1190, (STRUBS, p. 265) « Concessimus etiam eis quod nullus eorum faciat duellum. *Id. to Lincoln*, 1194, (STRUBS, p. 266) « Concessimus etiam... quod nullus eorum faciat duellum ». Ad Oxford, Enrico II concedeva « *consuetudines, libertates et leges suas, quas habeant communes cum civibus meis Londoniorum* » (STRUBS, p. 167). È quindi probabile che essi fossero anche esenti dal duello.

Ciononostante il duello si conservò a lungo in Inghilterra, benchè lentamente venisse restringendosi il numero dei casi, in cui era ammesso. Fin dal 1399 Enrico IV abolì gli appelli per tradimento, ma il suo statuto (1, 14) non si volle esteso ai casi di tradimento commesso fuori del reame, per cui ancora nel 1631 troviamo ordinato il duello, che però non ebbe luogo (1). Enrico VIII abolì poi gli appelli *of robbery and larceny*, ma fino al 1820 non si potè ottenere l'abolizione degli *appeals of murder*, stata respinta due volte dal Parlamento negli anni 1768 e 1774. Il *bill* del 1820 fu provocato in seguito ad un famoso processo di omicidio contro un certo Thornton, in cui il fratello dell'assassinato sfidò a duello il presunto assassino (novembre 1818), e dopo lunga disputa la corte dovette riconoscere che ne aveva il diritto (2).

Quanto alle altre ordalie, esse scomparvero senza essere state abolite esplicitamente (3). La conquista normanna non ne aveva punto cambiate le regole e l'uso; vediamo anzi riconfermate tutte o quasi le disposizioni esistenti sull'argomento (4), e per di più troviamo che anche i Normanni si servivano delle ordalie tanto in materia civile che in penale (5).

Col tempo però s'introdussero in pratica varie innovazioni; così mentre prima le prove del ferro infuocato e dell'acqua bollente erano usate indifferentemente a scelta dell'accusatore, in

(1) STEPHEN, I, 155, 247. Questo autore espone distesamente la storia dei così detti *appeals* nel suo vol. I, pag. 150 seq., 245 seq.

(2) Anche in questo caso il duello non ebbe luogo. Secondo STEPHEN, I, 248, gli appelli rimasero la procedura comune in caso di omicidio fino alla fine del XV secolo.

Pare però che già nel XVI il duello fosse quasi dimenticato. Infatti Tommaso Smith scriveva che il duello non è abolito, ma inusitato, e che perciò si conosce più dalla storia che dall'esperienza: *Duellum nunc dierum non admodum frequens est, sed tamen in desuetudinem penitus abiisse nondum potui intelligere... Ut res se habet, diu inusitatum mansit hoc certominis genus, ex historiis potius, quam ab experientia nostra petendum. De Republ. Anglorum. Lugd. Batavorum, 1639, p. 190. 251.*

(3) RIGELOW, p. 324.

(4) *Leges Will. I*, 14, 15. *Leges Heinr. I*, XVIII, LXV, 2, 3, 5. LXII, I. LXVII, I.

(5) *Placita ecc.*, 30, 40-43 ecc.

seguito l'acqua bollente viene riservata ai *rustici* al pari dell'acqua fredda (1), mentre i liberi usano il ferro infuocato, ed il clero il *corsnaed*. Dall'obbligo di sottoporsi alle ordalie pare fosse lecito esimersi pagando una somma al re (2).

Le ordalie cominciano infine a cadere in desuetudine in materia civile e finiscono collo scomparire affatto in tale materia verso la metà del XII secolo (3); nelle cause penali durano invece anche nel XIII secolo.

Basti infatti ricordare la disposizione della *Magna Charta*: *Nullus battivus ponat de cetero aliquem ad legem simplici loquela sua sine lealibus fidelibus ad hoc inductis* (4).

Le ordalie erano usate specialmente per le accuse più gravi (5) e a questo proposito sono molto importanti le Assise di Clarendon del 1166 e quelle di Northampton del 1176 (6).

L'ordalia prescriveva il *iudicium aquae* (*tutsum aquae, aqua*). Vi è sottoposto senz'altro l'accusato con giuramento dagli uomini incaricati di scoprire i malfattori (*legaliores homines*) quale *robator, vel murdrator, vel latro, vel receptor*, (Clar., 2) l'accusato di « *falsoneria, vel iniqua combustione* per sacramentum duodecim militum de hundredo, et si milites non » *adfuerint*, per sacramentum 12 liberorum legalium hominum

(1) GLANVILLE, XIV, 1, § 8.

(2) PHILLIPS, II, 279. A questo proposito si narra di Guglielmo, che *pecunia emulgender spe*, accusò di delitto di caccia, 50 fra i più ricchi inglesi, e li costrinse alla prova del ferro infuocato, ma tutti furono trovati innocenti, per cui il re irritato avrebbe pronunziato queste parole: *Meo iudicio a modo responderetur, non Dei, quod pro roto cuiusque hinc inde plicatur*. EADM., *Hist. Novor.*, II, p. 48, cit. in PHILLIPS, *ibid.*, n. 951.

(3) BIGSLOW, p. 2, 323.

(4) 38 in STRUBBS, *Select. Charters*, p. 301, ripetuto in una *Carta* di Enrico III (a. 1225). Cfr. STRUBBS, p. 354. BRUNNER, O. C., 200, 429.

(5) Glanville ricorda a questo proposito i reati di lesa maestà (cfr. sopra pag. 308, n. 2) occultazione fraudolenta del tesoro scoperto, omicidio, incendio, latrocinio, ratto, falso (xiv, 2-7). In esso, come in altre fonti, le ordalie prendono talora il nome di *lex apparens* (ad es. xiv, 2). Cfr. l'espressione *leges paribites* delle leggi normanno-aveve.

(6) In STRUBBS, p. 143, 150.

» et per sacramentum 4 hominum de unaquaque villa hundredi » (*North.*, 1).

Come si vede qui trionfa ancora il principio del diritto germanico, essendo ammessa l'ordalia, nonostante la quasi certezza della colpa; però per una disposizione incompatibile colla fede assoluta nei giudizi di Dio, si stabilisce che l'accusato sarà espulso dal regno, benchè abbia sostenuta felicemente la prova, « quando retatus fuerit de murthero vel alia turpi feloniam per » comune comitatus et legalium militum patrie » (1).

Non è ammesso al giudizio di Dio chi abbia già confessato (2) o chi essendo già diffamato venga trovato in possesso di cosa furtiva, mentre invece deve sottoporvisi chi sia possessore di oggetti furtivi, senza essere diffamato.

L'ampio diritto, garantito all'accusato dalle disposizioni precedentemente esaminate, doveva rendere assai difficile l'amministrazione della giustizia, quando si vollero abolire le ordalie, senza violare direttamente i diritti individuali (3). Abolita l'ordalia, scrive Stephen, *non rimaneva assolutamente alcun mezzo per accertare la verità di un'accusa*. Non si poteva infatti costringere direttamente l'accusato a sottomettersi al giurì.

Si trovò allora un mezzo singolare e che si può *mutatis mutandis* paragonare all'espedito di Augusto e Tiberio, che vendevano gli schiavi altrui al fisco, perchè fossero torturati contro l'antico padrone: s'introdusse cioè la così detta *peine forte et dure* (4), una specie di tortura, a cui si sottoponeva l'accusato, finchè si decidesse a sottoporsi *spontaneamente* al verdetto dei

(1) Cfr. PHILLIPS, Op. cit. II, 300.

(2) *Clar.*, 13. Cfr. *North.*, 3.

(3) Sulle conseguenze dell'abolizione delle ordalie cfr. BIGELOW, p. 325; STEPHEN, I, 254, 299.

(4) Cfr. gli autori citati da PERILLI, o. c., VI, 376, n. 131. BIGELOW, STEPHEN, etc., I. c. Analogamente si procedeva anche in Normandia, dove l'accusato era tenuto prigioniero un anno ed un giorno *cum penuria victus et potus*, oppure, per evitare le spese del carcere, veniva torturato una o due volte, dandogli naturalmente facoltà di far cessare la tortura invocando l'*enquête*. (BRUNNER, op. cit., 474 e n. 4).

giurati. Così l'ordalia fu definitivamente abolita (1), e forse il fine giustifica alquanto i mezzi.

Bigelow, Stephen (2) ed altri autori credono che queste innovazioni siano state causate dalla decisione del concilio Lateranense quarto, che proibì agli ecclesiastici di prender parte ai giudizi di Dio; certo proibendo l'intervento degli ecclesiastici, si disapprovava fino ad un certo punto l'uso delle ordalie, però condanna esplicita non v'era, e sarebbe strano che conservando con tanta tenacia il duello, nonostante ogni proibizione ecclesiastica, si ottemperasse così prontamente a ciò che al più era un desiderio. Si aggiunga che nella citata carta d' Enrico III vediamo ricordato l'uso delle ordalie nel 1225. Per me la condanna delle ordalie è naturale conseguenza della sempre crescente importanza data al giuramento degli *homines legales* e dei compaesani, ed è contenuta in germe nella disposizione citata delle Assise di Northampton che esigiano l'accusato, benché egli abbia felicemente sostenuta la prova.

33. — *Diritti nordici* (3). — Se studiando l'ordalia presso i Germani del sud abbiamo dovuto lamentare la mancanza di documenti, che ci permettessero di risalire nelle nostre ricerche quanto sarebbe stato desiderabile, a maggior ragione dobbiamo

(1) Non metto conto di occuparmi della pretesa di uno dei cinque gesuiti giustiziati nel 1679, il quale voleva purgarsi coll'ordalia, tanto più che egli non allegava le leggi inglesi, ma l'antica consuetudine della chiesa. STEPHEN, I, 223, n. 3.

(2) BIGELOW, p. 323. STEPHEN, I, 253.

(3) *Bibliografia.* — *Code de iuris islandorum antiquissimus qui nominatur Grdgis*. Havnæ 1829, (2 vol.). — *Code de iuris qui nominatur Jarnsida seu liber Haconis*. Havnæ 1847. — *Regis magni... Leges Gula-Thingenses*. Havnæ 1817. — *Leges provinciales terræ Scanar, etc.* (ANDREA SUNESE) IN WESTERHALEN, Op. c., IV, 2029 seq. — L. BEAUCHEZ, *La loi de Vestrogothie*, N. *Rec. histor. du D. français et étranger*, XI, (1887) 182, 335, 725. — K. MAURER, *Das Gottesurth. im norweg. Rechte*, Germania, XIX, (1874), p. 139-148. — ARIDA, *Altschwedisches Obligationenrecht*, 1882. — *Altnorweg. Vollstreckungsverfahren*, 1874. — WILDA, KÖNIGSWARTER, opp. cit. — DARESTE, *L'ancien Droit Scandinave* IN *Études d'hist. du Droit*, p. 279 seq. (o *Journ. des Savants*, 1880-81). *Les anciens lois suédoises, du Danemark, de la Norvège, de l'Islande.* — KÖRBERG-ROSENVIK'S, *Grundriss der dän. Rj. (übers.)*, 1825.

farlo ora per i Germani del nord, il cui diritto si può dire sconosciuto per almeno cinque secoli, durante i quali possiamo invece seguire l'evoluzione dei diritti germanici del sud.

Sappiamo che anche nel nord era molto in uso il duello, il quale però più spesso ci si presenta non come mezzo di prova, ma come *sostitutivo del processo*. Così lo vediamo proposto nella citata leggenda di Rut e Mórd (1).

Credo per altro, come già dissi, che non mancasse punto la fede nell'intervento divino, per cui il duello, data l'occasione, facilmente si cambia in un vero mezzo di prova: tale sarebbe infatti il duello che il fratello di Gudrun avrebbe, se presente, sostenuto per lei, allo scopo di dimostrarla innocente dell'adulterio imputatole (2).

Tanto le tradizioni quanto i dati storici si accordano nel far risalire l'abolizione del duello approssimativamente all'epoca della conversione al cristianesimo.

Abbiamo già ricordata la narrazione di Saxo Grammaticus relativa alla Danimarca: sappiamo anche che in seguito alla conversione al cristianesimo fu abolito il duello nella Norvegia, come pure, verso il mille, nell'Islanda e nella Svezia (3).

Quest'abolizione del duello si spiega forse precipuamente per ciò che esso conservava sempre il suo carattere primitivo, ed avveniva quindi per volere delle parti, senza partecipazione alcuna dell'autorità pubblica; non si capirebbe altrimenti perchè gli ecclesiastici combattessero nel nord un uso tollerato non solo, ma spesso seguito da essi stessi nel sud. Del resto si può dubitare dell'immediata efficacia della proibizione (4), la quale però favorì assai l'uso delle altre ordalie, che vediamo prescritte spessissimo, specialmente in alcune leggi.

Qui, per connessione, dobbiamo occuparci di una questione, alla quale abbiamo già avuto occasione di accennare.

(1) *Laxdaela-saga*, cit.

(2) *Edda... Samundina*, Hafniae 1787-1828, vol. II, p. 327.

(3) DARESTE, Op. cit. MAURER, *Gottesurth.*, 145. KOLDERUP-ROSEN., p. 38, n. d. WILDA, p. 485-86. UNGER, p. 52.

(4) Vedi un esempio di duello in Svezia nell'anno 1278 in AXEL, *Obligationsrecht*, p. 231. Cfr. p. 17 e 95.

Le prove del ferro infuocato e dell'acqua bollente, che sono le sole prescritte nelle leggi nordiche, furono esse introdotte in epoca relativamente recente dietro l'esempio dei Germani del sud, o non si devono piuttosto ritenere d'uso antichissimo anche nel Nord?

La prima opinione è espressa da Maurer (1), almeno per l'Islanda e la Norvegia, ma in vero non trovo ragioni sufficienti per seguirla.

Maurer stesso confessa che, se l'Islanda, in cui troviamo una specie di giuri, ed una forma speciale d'inchiesta, lo *Ketidr*, poteva forse far a meno dei giudizi di Dio, questi erano necessari nel sistema di prove norvegio (2).

Ora, poichè egli sostiene d'altra parte, che il duello e l'unica ordalia incontestabilmente d'origine nordica, la prova della zolla, non potevano intieramente tener luogo degli altri giudizi di Dio, dovrebbe essere logicamente condotto ad affermare l'esistenza di alcune forme d'ordalia ora sconosciute.

Noi non possiamo naturalmente insistere su questo argomento, avendo cercato altrove di dimostrare che non v'è ragione per distinguere la prova della zolla dalle altre. Possiamo invece osservare che, anche a confessione del Maurer, la leggenda di Gudrun ci mostra l'uso della caldaia in epoca pagana; ora, se fino ad un certo punto si potrebbe ammettere l'introduzione delle ordalie insieme col cristianesimo, quando cioè doveva necessariamente avvenire un importantissimo rivolgimento nelle condizioni sociali tutte dei popoli nordici, non è egli immensamente più difficile spiegare quest'introduzione un secolo o due prima, quando non aveva alcun motivo?

Maurer considera questa stessa leggenda di Gudrun come favorevole alla sua tesi, poichè in essa, a benedire la caldaia si chiama Saxi, principe degli uomini del sud.

(1) MAURER, p. 142-43. V. per contro KOLDERUP-ROSENVINGE, p. 38, n. e, e gli autori ivi citati.

(2) MAURER, *Gottesurth.*, p. 142-144. Si può però dubitare se il giudizio di Dio non apparisse necessario almeno in alcuni casi, come per la ricerca della paternità, per la quale lo troviamo usato appunto nel più antichi esempi conosciuti.

Certo, come dissi, ciò non contraddice la sua ipotesi, ma nulla d'altra parte ci obbliga a ritenere che qui si accenni ai Germani del sud, e tanto meno che dagli *uomini del sud* fosse appunto passato l'uso della prova ai Germani del nord.

Anche le altre ragioni date dal Maurer, sia dette con tutto il rispetto per l'illustre scrittore, hanno ben poco peso; egli trovò nella denominazione delle ordalie nei diritti nordici (*skirst* o *skirstla*) il corrispondente del latino *purgatio* (1); trovò anzi l'opposizione fra *purgatio canonica* e *vulgaris* (*skirst guds ok manna*). Osserviamo per altro che le espressioni *purgatio canonica* e *vulgaris* si trovano per la prima volta nel XII secolo, cioè quando già da molto tempo si usavano le ordalie anche presso i Germani del nord; quanto poi alla parola *purgatio*, essa da sola, presso i Germani del sud, non indica punto il giudizio di Dio, almeno abitualmente, e d'altra parte appare tanto naturale, dato il sistema di prova germanico, che il trovarla anche presso i Germani del nord non deve punto meravigliarci.

Perchè le ordalie appaiano usate così raramente, si capisce: gli uomini liberi dovevano preferire il duello e nessuno poteva costringerli alle ordalie, che molto probabilmente erano di preferenza riservate ai tribunali domestici, come nel caso di Gudrun. D'altra parte, anche della prova della zolla, come già si disse, non conosciamo che un esempio, e cionondimeno niuno dubita della sua origine nordica.

Il Maurer trova anche un'indizio d'origine cristiana nel modo con cui il giudizio di Dio era usato (*die Form seiner Anwendung*) (2), e nel fatto della sua rapida scomparsa dopo le decisioni del Concilio lateranense IV.

Confesso di non saper comprendere la prima ragione, poichè l'uso del giudizio di Dio è fondamentalmente eguale presso tutti i popoli, e d'altra parte differenze specifiche non mancano presso i Germani del nord; tali sarebbero l'essere riservata la caldaia

(1) Secondo KOLDERUP-ROSENK., (p. 37), tanto il duello e le altre ordalie, quanto il giuramento sarebbero ordinariamente indicati nel diritto danese sotto il nome generale di *lagh*, legge, diritto.

(2) *Gottesurth*., p. 143.

per regola generale alle donne, ed il ferro infuocato agli uomini, l'uso frequentissimo del giudizio di Dio per la ricerca della paternità, ecc.

Che se si volesse accennare alle formalità che accompagnano l'ordalia, è naturalissimo, che dopo la conversione al cristianesimo, dovendosi rivestire il giudizio di Dio di forme non ripugnanti alla nuova religione, si siano adottati dal clero i formulari già in uso da secoli nella chiesa, anzichè inventarne dei nuovi senza utilità di sorta.

Condanne dell'ordalia nel XIII secolo si trovano in molti paesi dell'Europa del sud, e non sono quindi una specialità dei Germani del nord; che se ebbero nel nord più efficacia, si può solo indurne che il clero vi esercitava maggior influenza che non negli altri paesi.

Come prova d'origine recente non potrebbe da ultimo essere addotta neppure una frase della Laxdaela-Saga già citata, dove si dice che i pagani davano alla prova della zolla la stessa importanza attribuita dai cristiani alle ordalie, poichè, argomentando da essa, si dovrebbe venire a concludere, che all'epoca pagana non erano in uso le ordalie, ciò che è smentito dall'*Edda*.

34. — Passiamo infine a dire brevemente dell'ordalia nelle singole regioni.

Cominciando dall'Islanda, troviamo raccolti da Maurer (1) parecchi esempi di uso delle ordalie nell'XI e XII secolo per accuse di furto e per questioni di paternità, non di rado in seguito a convenzione delle parti.

Secondo Maurer, si accennerebbe talora ad una ripetizione della prova, che potrebbe essere ordinata dal vescovo o dal sacerdote che la dirige; ciò pare all'autore citato in contraddizione col principio fondamentale di giudizio di Dio; però noi abbiamo già trovato presso altri popoli l'uso di ripetere le prove (2), ed il vedere che presso gli Islandesi è data facoltà di ordinarlo al vescovo o al prete che le dirige, ci fa ritenere che si cercasse solo di controllare eventualmente il giudizio, quando si sospettasse turbato con frodi.

(1) Op. c., p. 141-142.

(2) Cfr. sopra pag. 49.

Nelle antiche leggi islandesi, nel *Grágás*, le ordalie sono prescritte solo in casi eccezionali, cioè nelle questioni di paternità e nelle accuse d'adulterio e di commercio carnale fra parenti in quinto grado.

Nella ricerca della paternità è sempre la donna che si sottopone all'ordalia, sia essa attrice, o si proceda invece per volere del presunto padre (1).

Nell'accusa d'adulterio pare che l'ordalia non sia obbligatoria, ma sia invece un diritto dell'accusato (2).

Nell'accusa di commercio carnale è ammessa la testimonianza, e solo in mancanza di prove l'uomo si purga col ferro infuocato o la donna colla caldaia (3).

Coll'introduzione del *Jarnsida* (1270) e del *Jonsbok* (1280) le ordalie furono tacitamente abolite.

In Norvegia, secondo Maurer, gli esempi conosciuti d'uso delle ordalie risalirebbero al regno di S. Olao, e diverrebbero più frequenti verso la metà del XII secolo, dopochè Haraldr gilli provò col ferro infuocato di essere figlio del re Magnus berfatti (1129).

Nei libri giuridici l'ordalia ha di fronte agli altri mezzi di prova una posizione ausiliaria, perchè vi si ricorre solo quando non vi siano testimoni, e il convenuto non possa per un motivo qualsiasi servirsi del giuramento. Il giudizio di Dio fu abolito nel 1247 dal re Haakon Haakonssøn (4), per impulso del cardinal legato Guglielmo di Sabina, e già nelle *leges Gula-Thingenses* non se ne trova più alcuna traccia.

Nella Danimarca l'uso dell'ordalia ha una grande importanza poichè ad essa si ricorre non solo quando l'accusato non trovi

(1) *Grágás*, sectio v, *De fœd. coniug.*, tit. 45, (i, p. 361) «... si lustratione (per ordalia) facta, femina virum paternitatis convicerit...» tit. 26 (i, p. 341) «et si ad lustrationem (per ordalia) eam provocare voluerit...».

(2) *Grágás*, l. c., t. 33 (i, 347) «Quod si (reus) ferrum candens (se gerere velle) obtulerit, hoc minime reiiciatur.

(3) *Grágás*, l. c., t. 55 (i, 380) «Tum... actio cui illata censeatur, cum efato veridicorum criminis vincitur vel ferrum candens gerit, vel femina lebeti (aque ferventis) manum infert».

(4) *Hakonar s. gamla*, c. 255, cit. da MAURER.

congiuratori, ma anche quando l'avversario abbia indizi o testimoni.

Nelle *leges provinciales terræ Scaniae*, tradotte e rimaneggiate dall'arcivescovo Andrea Sunese fra il 1206 e il 1215, sono descritte le tre prove del ferro infuocato da noi già ricordate (1), e l'uso ne è imposto in parecchi casi, in altri proibito.

Il giudizio del ferro infuocato è prescritto nell'accusa di stupro violento (2) e per la moglie accusata d'adulterio (3), quando vi siano due testimoni a sostenere l'accusa; per il *villicus* accusato di furto dal padrone (4), e per il proprietario della casa in cui si rinvenne l'oggetto furtivo (5), solo quando non trovino congiuratori; per l'uomo accusato d'adulterio dal marito in ogni caso (6).

Anticamente anche il figlio illegittimo poteva provare la paternità col ferro infuocato, ma parve ingiusto costringere per tal modo il padre a riconoscere i proprii figli (7).

A procedure interessanti dà luogo l'accusa d'omicidio e di furto.

In caso d'omicidio occulto (8), il più prossimo parente dell'ucciso può accusare successivamente dieci persone.

(1) SUNESEN, VII, 15.

(2) SUNESEN, XIII, 4.

(3) *IBID.*, XIII, 3. La donna convinta d'adulterio s'intendeva esclusa *tam a domo quam a thoro coniugis*, però secondo Andrea Sunese, in ciò la legge sarebbe abolita dal diritto ecclesiastico: « verum in parte constat huic humanæ legi per divinæ legis preminentiam derogari, quæ matrimonia iubet non fori sed poli, non curiæ secularis sed spiritualis examini atque regimini subiacere. Nec permittit etiam separationem thori per igniti ferri iudicium celebrari ». Ho riportato questo passo, anche perchè dimostra che l'arcivescovo di Lund non riteneva punto che le ordalie fossero condannate dalla chiesa.

(4) *IBID.*, XV, 3. Per costringere il *villicus* all'ordalia, il padrone deve però giurare che è colpevole (*si crimen quod imposuit iuramento confirmet*).

(5) *IBID.*, VII, 3.

(6) *IBID.*, XIII, 2.

(7) *IBID.*, III, 7. « Exegit quandoque iuris censura ut talis filius (concupinarum) patrem sibi per candentis ferri iudicium declararet, sed iniquum visum est processu temporis ut talis filii pater invitus quispiam constitueretur ».

(8) *IBID.*, V, 15.

I primi nove accusati si purgano col ferro infuocato, ma per costringerveli, l'accusatore deve prestare ogni volta una specie di giuramento *de astu*, e presentare inoltre sei testimoni di cui due confermano che l'accusato è colpevole, altri che la citazione fu fatta in modo legittimo, e gli ultimi, che il termine di tre giorni è decorso.

Se un accusato si rende contumace, e l'accusatore ha testimoni che lo provano, egli deve innanzi tutto purgare, come ora si direbbe, la contumacia col ferro infuocato: se soccombe è ritenuto colpevole anche dell'omicidio imputatogli, in caso contrario, la questione principale resta impregiudicata, ed egli deve ripetere la prova per essere in fine dichiarato innocente.

Quando i primi nove accusati si siano definitivamente purgati dall'accusa, l'attore può accusare una decima persona, presentando dodici congiuratori che la dichiarino colpevole. Chi è accusato in questo modo solenne deve purgarsi coi vomeri infuocati, ma poichè i congiuratori pretendono di conoscerne la colpevolezza (*vere sciunt eum illud homicidium perpetrasse*), quando la loro affermazione apparisse menzognera, devono essere pronti a pagare ciascuno tre marchi all'accusato e tre al vescovo.

Nell'accusa di furto (1), se l'accusato compare nel primo o nel secondo giorno può a sua scelta purgarsi con dodici congiuratori o col giudizio di Dio. Se sceglie i congiuratori, questi sono nominati dall'avversario; se sceglie il giudizio di Dio, l'accusatore deve giurare: *quod non odii causa, non lucri gratia reo imposuerit furti crimen, sed quia scit eum veraciter rem ad minus valentem mediam marcam nummorum sibi furti vicio subtraxisse*.

Quando anche uno dei congiuratori rifiuti di prestar giuramento, l'accusato può sempre ricorrere al giudizio di Dio, ma allora l'attore non è tenuto al giuramento.

Se l'accusato si presenta solo alla quarta citazione, egli è tenuto senz'altro al giudizio di Dio e parimenti senza obbligo di giuramento per l'attore.

(1) *SUMMENY*, VI, 6-8.

Anche qui però, come nell'accusa d'omicidio, la prova serve solo a purgare la contumacia, restando all'attore il diritto di rinnovare l'accusa, (*sed actori de novo licebit adversus eum furti iudicium instaurare*).

L'accusato, che per giusta causa non può comparire, può evitare di cadere in contumacia inviando due testimoni, che espongono il motivo di scusa. In caso di malattia egli può così ottenere l'indugio di 15 giorni, passati i quali, se la malattia continua, uno dei parenti si sottopone alla prova come campione dell'infermo (1).

L'abolizione delle ordalie avvenne in Danimarca per disposizione di Valdemaro II (1202-1242) (2), mosso, a parer mio, dalla lettera di Onorio III diretta agli abitanti della Livonia. In questa lettera, come vedremo meglio in seguito, il papa dice: « che il giudizio del ferro infuocato è *penitus interdictum, utpote in quo Deus tentari videtur* », ed in conseguenza il re incomincia così il suo decreto:

« Il papa ha proibita la prova del ferro a tutti i cristiani, e perciò noi non vogliamo e non possiamo staccarci da questo ordine generale, e ci siamo quindi lungamente e maturatamente consigliati con uomini saggi, per vedere quale mezzo di prova si possa sostituire al ferro infuocato ».

Ci resta a dire del giudizio di Dio in Svezia, ma qui abbiamo pochissime notizie. Le leggi svedesi sono relativamente recenti,

(1) Per altre fonti v. KOLDERUP-ROSENVINGE, p. 143.

(2) La legge si trova in SCHLYTER, IX, 440-48 (cit. da MAUBER, p. 141, n. 11. Cfr. KOLDERUP-ROSENV., p. 141-42. WILDA, p. 486). ENSA porta il nome di Valdemaro senza indicare di quale si tratti, per cui alcuni scrittori propendevano per Valdemaro IV, m. 1376. Il principal motivo per cui si attribuisce il decreto a Valdemaro II, fu l'aver creduto di ravvisarvi un'accenno al Conc. lateranense IV, avvenuto sotto il suo regno (cfr. Wilda e gli autori da lui citati): ciò però è senza dubbio affatto arbitrario, perchè negli atti del concilio non si tratta punto del ferro infuocato, nè vi è una vera proibizione delle ordalie, e d'altra parte la legge parla non di un concilio, ma della proibizione pontificia.

Daresto cita anche un ordinamento del re Knut (28 dic. 1200) sull'assassinio e l'abolizione del giudizio di Dio. Si tratta forse solo dell'abolizione in alcuni casi speciali.

ed in tutte il giudizio di Dio è ricordato come istituzione abolita, benchè l'abolizione risalga solo a *Birgír jarl*, cioè alla seconda metà del XIII secolo (1). Del resto essa non poté naturalmente compiersi d'un tratto, ed ancora nel 1320 l'arcivescovo di Upsala doveva ricordarla e rinnovare la proibizione.

(1) Cfr. WILDA, p. 486. Nominatamente non si trova alcun accenno all'ordalia nella legge di Vestrogozia, recentemente tradotta da Beauchet. L'abolizione è ricordata nell'*Oestgötalog*, *Edzöve*, c. 17 (ed. COLLIN e SCHLYTER, in *Corpus iuris Svec-Gotorum*, t. II, p. 37) cit. da WILDA e MAURER. Al duello, indicato però come costume pagano, accenna ancora la legge di Upland che pare d'origine pagana, ma che venne confermata e certo modificata nel 1296. (WILDA, l. c.).

CAPITOLO NONO

Il cristianesimo ed il giudizio di Dio.

Bibliografia. — MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio* (31 vol.), 1759-98. Si citano talora anche le raccolte di LABBE (*Sacrosancta concilia etc.*, 1728-33, 23 vol.), WILKINS, (*Conc. magnæ Britanniae*, 1737, 4 vol.); e HARTZHEIM (*Conc. Germanicæ*, 1759-67). — D'ACHERY, *Veterum aliquot scriptorum Spicilegium*, 1723, (3 vol.). — STEPH. BALDUI, *Miscellanea* (opera et studio J. D. MANSI) LUGD., 1761, (3 vol.). — PETZ, *Thesaurus anecdotorum novissimus*. Aug. Windelic., 1721-29, (5 tomi). — MARTENE e DURAND, *MEISELBRUCK*, ecc., opp. cit. — *Maxima biblioth. veterum patrum etc.*, Lugd., 1677, (27 vol.). — *Biblioth. Cluniacensis etc.*, Lut. Paris. 1614. — MABILLON, *Annales ordinis S. Benedicti*, 1703-1739, (6 vol.). — MURATORI, *Rer. italic. script.*, 1723-51. *Antiquitates ital. M. Æ.*, 1738-42. — UGHELLI, *Italia Sacra*, 1717-22. — MAI, *Veterum script. nova collectio*, 1825-38, (10 vol.). *Spicilegium Romanum*, 1839-44, (10 vol.). — JAFFÉ, *Bibl. rer. germ.*, cit. *Regesta pontificum rom. ab cond. Ecclesia ad a. p. Ch. n. 1198*, ed. secunda auspiciis Gul. WATTENBACH, CUF. KALTENBRUNNER, EWALD et LÖWENFELD, 1881-88, (2 vol.). — POTTHAST, *Reg. Pontif. roman. inde ab a. p. Ch. n. 1198 ad a. 1304*, 1874-75, (2 vol.). — PFUGK-HARTTUNG, *Acta Pontif. Roman. inedita*, 1880-86, (3 vol.): *Iter italicum*, 1883. — GALLANDI, *De vetustis canonum collectionibus dissertat. sylloge*, Venetiis, 1778. — THEINER, *Disquisitiones criticæ in præcipuas canon. et decretal. collectiones*, 1836. — MAASEN, *Gesch. der Quellen und der Literatur des can. Rechts.* 1, 1870, (fino allo Pseudo-Isidoro esclusivamente). — SCHULTE, *Gesch. der Quellen und Literatur des can. R. von Gratian bis auf die Gegenwart*, 1875 seq., (3 vol.). — TARDIF, *Hist. des sources du D. canon.*, 1387. — MARTENE, *De antiquis ecclesiæ ritibus*. Antw., 1736-37, (3 vol.). — HERGENROTHER, *Handbuch des allg. Kirchengesch.*, 3 ed., (3 vol.). — HEFEL, *Conciliengesch.*, 1873 seq., 8 vol. — WALTER, *Man. del diritto ecclesiastico*, (2 vol.), 1846-48. — SCHULTE, *Lehrbuch des kathol. Kirchenrechts.* 3^a Aufl. 1873. — FRIEDBERG, *Lehrbuch des KR.*, 1884. — RICHTER, *Lehrbuch des kathol. u. evang. KR.* 8 Aufl. bearb. von D. N. DOVE u. D. W. KAHL, 1886. — FRANTZ, *Lehrb. des KR.*, 1887. — ZORN, *Lehrb. des KR.*, 1888. — WASSERSCHLEBEN, *Die Bussordnungen der abendl. Kirche*, 1851. — SCHMITZ, *Die Bussbücher u. die Bussdisciplin der Kirche*, 1883. — Di Graziano si cita l'edizione di FRIEDBERG (1879-81), e così

pure delle *Quinque compilationes antiquae* (1882); dello Pseudo-isidoro e di Angilrammo l'edizione di Hirsch, *Decretales Pseudo-isidorianae etc.*, 1863. Le altre opere sono ricordate nel corso del capitolo.

1. — Accingendoci a ricercare quale influenza il cristianesimo e la chiesa abbiano per avventura esercitata sui giudizi di Dio, rimaniamo sorpresi per la varietà delle opinioni esposte in proposito. Infatti secondo alcuni, come già si disse, il vero concetto di giudizio di Dio si è formato solo col cristianesimo (1), secondo altri invece l'antica superstizione germanica è in contraddizione collo spirito della nuova religione (2), di cui è gloria l'averla infine abolita (3); v'ha chi asserisce che il clero abbia introdotte molte ordalie, prima non usate (4), altri per contro ne ammette l'ingerenza quasi come eccezione, effetto più che altro d'imprudenza (5); di fronte a chi sostiene che si accettò l'ordalia in buona fede (6), c'è chi vuole che il clero con frodi ne determinasse l'esito, mosso da cupidigia e perverse passioni (7), o, secondo altri, da sentimenti di pietà e giustizia (8): alcuni insistono specialmente sull'avversione della chiesa per il duello, altri pretendono che essa lo abbia adottato, essendo invece poco

(1) Cfr. sopra pag. 166 seg.

(2) Ad es. C. GROSS, *Die Beccistheorie im canon. Process.* Wien 1867-80, I, 101-102.

(3) BRACE, *Gesta Christi*, p. 160 e LEE, *Superstition and force*, da lui citato.

(4) Cfr. sopra pag. 167, 171.

(5) Così THONISSEN, *Loi Sal.*, p. 515, parla di *concours imprudent du clergé*, di *quelques diocèses du moyen âge*, in cui si trovano liturgie per consacrare i giudizi di Dio.

(6) HILDENBRAND, pag. 174-184.

(7) Così parecchi degli scrittori più antichi, fra cui Thomasius, e nel nostro secolo PLANK, *Gesch. der christlich-kirchl. Gesellschaftsverfassung*, 1855, III, 542 seg. (cit. da HILDENBRAND).

(8) È questa la tesi comune. Fra i suoi sostenitori, merita d'essere citato Michelet, autore certo non sospetto di clericalismo, il quale scrive queste parole, che si vorrebbe poter credere ironiche: « Bons prêtres, saints évêques, » qui ne baiseraient vos chasses vermoulues, qui n'honoreraient vos reliques? Vous » sauvez courageusement le pécheur au péril de votre salut éternel..... À de » tels mensonges Dieu garde son paradis » (*Orig. du Droit*, p. 52).

favorevole alle altre ordalie (1); il cardinale Hergenröther sostiene che si cercò sempre di sostituire il giuramento alle ordalie, Hildenbrand che dovendosi scegliere fra queste e quello, si preferirono le ordalie come il minore fra due mali (2).

Per giudicare imparzialmente fra opinioni così disparate, è necessario rendersi conto delle condizioni generali della società cristiana all'epoca delle invasioni barbariche, e di quelle in ispecial modo dei germani appena convertiti al cristianesimo.

Da una parte era passata l'era delle persecuzioni, lasciando numerose leggende di martiri, per cui sono innocui il fuoco e l'olio bollente, e mansuete le fiere, e che gettati nei fiumi, legati a pesanti macine, galleggiano miracolosamente.

Il misticismo dei primi secoli della chiesa non era punto scomparso, ed esso continuava a produrre nei fedeli una speciale disposizione d'animo, che li rendeva facili a prestar fede ai fatti più straordinari (3).

Perciò le tombe dei martiri, oggetto di universale venerazione, e verso le quali vediamo intraprendersi pii pellegrinaggi anche da lontani paesi, diedero origine a credenze e ad usi che spesso si accostano molto al giudizio di Dio, talora non si distinguono da esso. Intendo parlare del giuramento sulle tombe o sulle reliquie dei martiri, usato come mezzo di purgazione già prima delle invasioni barbariche, probabilmente fin dai primi secoli; il che dimostra, come non si possa asserire che la chiesa abbia solo adottato in epoca posteriore il giuramento di purgazione germanico, e tanto meno che essa fosse contraria all'uso del giuramento, condannato bensì apparentemente dagli apostoli Matteo e Giacomo, ma indicato espressamente da S. Paolo come *finis omnis controversiae* (4).

(1) ZORN, Op. cit., p. 71 seq. 76.

(2) HERGENRÖTHER, I, 823. HILDENBRAND, p. 25.

(3) Cfr. le acute considerazioni di GIBBON, *Decadenza e rovina dell'Impero Romano*, cap. xv (Milano, Bettoni, 1820, vol. II, p. 286-293), e LEBKY, *Hist. of the rise and infl. of the spirit of rationalism in Europe*, 1877, I, 37 seq., 141 seq.

(4) Evang. Matth., 5, 34: *Ego autem dico vobis non iurare omnino....* Epist. Jacobi, 5, 12: *Ante omnia autem, fratres mei, nolite iurare etc.* Epist. Pauli ad Hebræos, vi, 15.

2. — A giudicare meglio dello stato degli animi nel v secolo, ed insieme a ben comprendere l'importanza di questi giuramenti sulle tombe dei martiri, e la loro affinità coi giudizi di Dio, ci serviranno mirabilmente alcuni passi di uno dei più grandi dottori della Chiesa, cui la cultura classica e l'ingegno potente non furono sufficiente difesa contro la tendenza comune. Abbiamo di S. Agostino una interessantissima lettera, che egli scriveva nel 404 al clero e al popolo d'Ippona (1), narrando come due chierici si fossero reciprocamente accusati di un grave fallo, ed egli, non avendo mezzo di conoscere altrimenti la verità, avesse deciso d'inviarli entrambi alla tomba del beato Felice Nolense, « ubi terribiliora opera Dei non sanam cuiuscumque conscientiam multo facilius aperirent et ad confessionem *vel poena vel timore* compellerent ». Egli aveva scelta la tomba di questo santo perchè situata in luogo, donde gli sarebbe fedelmente riferito ogni indizio, che avesse miracolosamente a svelarsi, (*quia inde nobis facilius fideliusque scribi potest, quidquid in eorum aliquo divinitus fuerit propalatum*), ed invitava quindi il clero ed il popolo a pregare Dio affinchè si degnasse di far nota la verità (*quod ipse in hac causa novit, etiam nobis manifestare dignetur*).

È facile vedere quanto sia breve il passo dalla prova qui indicata al giudizio di Dio, nome con cui lo stesso Santo la designa, dicendo che egli non aveva prese disposizioni disciplinari per non prevenire il giudizio divino: ne *divinae potestati, sub cutus examine* causa adhuc pendet, facere viderer injuriam si *illius iudicio* meo vellem *præjudicio prævenire*. . . Alcuni hanno osservato che in questa lettera non si parla punto di giuramento da prestarsi dai due ecclesiastici, e conchiusero che essi non vi fossero tenuti (2): ciò però non è probabile sia perchè del giuramento sulla tomba dei martiri abbiamo altri esempi, e lo stesso S. Agostino lo ricorda nella lettera in questione (3),

(1) S. AUGUST., *Opera*, 1689, II, 182 seq., ep. 78.

(2) HILDENBRAND, p. 44 e BIENER e BÖHMER da lui citati.

(3) « Nam et nos novimus Mediolani apud memoriam sanctorum, ubi mirabiliter et terribiliter dæmones confitentur, furem quendam, qui ad eum locum venerat, ut falsum iurando deciperet, compulsus fuisse confiteri fur-

sia perchè il giuramento, cioè l'affermazione della propria innocenza, pare dovesse essere istintivamente suggerito a quegli stessi che si sottoponevano alla prova convinti della propria innocenza, come a chi se ne serviva per ingannare: la questione del resto non ha per noi grande importanza.

Due altri passi di S. Agostino meritano ancora di essere citati, anche per l'uso, che se ne fece in seguito. Il primo consacra le sorti, come mezzo di conoscere la volontà divina:

Sors non est aliquid mali, sed res in dubitatione humana divinam indicans voluntatem.

Questa dottrina sulla sorte è analoga e probabilmente derivata da quella espressa in uno dei proverbi di Salomone, citato a suo luogo (1): il passo di S. Agostino si trova poi riportato nella Pannormia, nel decreto di Graziano, e, benchè non citato, in Bonifacio de Vitalinis venendo così a penetrare nel campo giuridico propriamente detto (2).

Altrove, in una lettera a Bonifazio, S. Agostino esprime l'opinione così diffusa nel medio Evo, che la guerra sia un giudizio divino, e le sue parole possono anche essere applicate al duello, come non è improbabile lo siano state in seguito. Anche questo passo è riportato nella Pannormia, ed in una *collectio canonum* in 7 libri, contenuta in un codice torinese del XII secolo (3).

» tum, et quod abstulerat reddere.... ». Per altri esempi v. HILDENBRAND, p. 38-42, e specialmente GREGORIO MAGNO, Ep. II, 33 (Op. 1770, VII, 131) dove è detto di Leone vescovo: « ad beati Petri sacratissimum corpus districta eum ex abundantia fecimus sacramenta praeberere. Quibus praestitis, magna sumus exultatione » gavis, *quod huiusmodi experimento innocentia eius evidenter enituit* ».

(1) V. sopra pag. 77.

(2) PANNORMIA, VIII, 77 (Lovanii, 1557); GRAZIANO, C. 26, q. 2, cap. 1; BONIFACIO DE VITAL., l. c. sopra pag. 32, n. 2. Il passo di S. Agostino appartiene all'esposizione del salmo xxx.

(3) PANNORMIA, VIII, 43; *Cod. Torin. D.*, IV, 33, fol. 108 (VI, 44). Ecco il passo di S. Agostino, secondo la lezione di questo codice, che presenta leggere differenze dal testo dato da Ivone:

VI, 44. « Aug. ad Bonifatium (Iv. Comitem) de pugna (Iv. manca). Gravi de » pugna conquereris. Dubites nolo. Utile consilium tibi, utisque dabo. (A)rripe

3. — Tenendo conto dell'immensa differenza tra la mente superiore di S. Agostino, e quelle rozze di tanti suoi contemporanei, e più degli ecclesiastici dei secoli seguenti, si ammetterà facilmente che non si potevano trovare condizioni più adatte e più favorevoli alla credenza nei giudizi di Dio, che anzi questi sarebbero stati probabilmente inventati per forza naturale delle cose, se i Germani non li avessero introdotti. Non appena poi essi furono imposti dai nuovi conquistatori, non fu difficile trovare nella Bibbia passi, che in qualche modo li giustificavano, e nelle vite dei martiri esempi che più o meno facevano al caso.

Così negli antichi *ordines* e negli scrittori sono spesso ricordati i tre fanciulli nella fornace, il ferro d'Elia che galleggia sul fiume, le acque amare, il duello di Golia e Davide, S. Pietro che passeggia sulle onde e via dicendo (1).

Poteva del resto bastare un solo passo di S. Marco, che troviamo nell'Evangelo della abituale *missa iudicii*, e che un autore moderno (2) cita ancora per provare, che Dio realmente interveniva nelle ordalie:

Habete fidem Deo; amen dico vobis, quicumque dixerit monti huic tollere et mittere in mare, et non hæsitaverit in corde suo, sed crediderit, quia quodcumque dixerit fiat, fiet ei.

D'altra parte se noi passiamo a considerare la condizione dei Germani, li vediamo convertiti più di nome che di fatto (3), come è naturale, poichè non si sradicano in un punto abitudini e superstizioni che durano da secoli. Basta per convincercene scorrere gli antichi libri penitenziali od anche solo i capitolari franchi, in cui si vede come le credenze e le pratiche più as-

» manibus arma; oratio aures pulset auctoris. Quia quando pugnatur Deus » apertis oculis expectat, et partem quam inspicit iustam, defendit. (IVONE: *ibi* » *dat et palmam*) ».

(1) Cfr. *Ordines* A. 2, 6-8, 17, 21, 22, 26, 27, 29, 32, ecc. *Mirror of Iustices* (cit. in GLASSON, *Inst. de l'Angl.*, II, 457).

(2) HILDENBRAND, p. 184. Il passo citato è *Evangel. Marci*, 11, 22-23.

(3) La loro conversione può in qualche modo essere paragonata a quelle dei selvaggi moderni, sulle quali si può vedere RÉVILLE, *Réligions etc.*, I, 125 seq.

surde del paganesimo si conservassero ancora per secoli, talora grossolanamente ammantate alla cristiana (1).

In questo stato di cose conviene riconoscere che la Chiesa, la quale, solo per la sua forte organizzazione gerarchica, resse al torrente barbarico (2), non avrebbe forse potuto ottenere l'abolizione delle ordalie, ma d'altra parte è certo che ben pochi dovevano essere in grado di riconoscerne tutta l'assurdità, e sentirsi perciò spronati a combatterle. Nè infatti per molti secoli troviamo chi si sia accinto all'opera.

Tenendo presenti questi due ordini di considerazioni, si capisce facilmente come le ordalie si siano conservate, senza dover accusare il clero di mala fede, e di poco zelo, o dare una così bassa idea del suo buon senso, pretendendo che abbia preferita l'ordalia al giuramento come male minore (3).

4. — Da queste considerazioni generali, passiamo omai allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico, esaminando prima gli atti dei concilii, poi le lettere pontificie, ed infine le compilazioni di diritto ecclesiastico e la dottrina degli scrittori.

Disposizioni di antichi concili relative ai giudizi Dio non mi fu dato trovare prima dell'VIII secolo, nè lettere pontificie anteriori al secolo IX (4). Per i primi tempi tutto si riduce

(1) *Liber Pæn. Pseudo Theod. c. 27. Childeberti regis præceptum*, a. 511-558. *Karlmanni cap. a. 742, 5. Cap. cum Italiæ episcop. deliberata*, 790-800. *Cap. de partibus Saxoniarum*, a. 775-790, 6, 21-23, etc. *Stat. Rhispac. etc.*, 799-800, 15. *Indic. superstit. et paganiarum* (sec. VIII, Cfr. HEFELE, o. c., III, 505 seq.).

(2) Guizot, *Hist. de la civilis. en Europe*. 17^e éd. Paris 1880. 2^e leçon, p. 50 seq.

(3) Ciò è tanto meno da accogliersi perchè, come già abbiamo visto la chiesa non era punto contraria al giuramento. Su questo cfr. del resto D. RONDINI, *Il giuramento dei cristiani nei primi tre secoli*, Livorno 1888.

(4) Vedremo bensì che il Sinodo di Valenza dell'anno 855, prescrivendo che l'ucciso in duello sia considerato come suicida, pretende seguire l'*antiquum ecclesiasticæ observationis morem*, e che poco prima Agobardo invocava pure contro le ordalie e specialmente il duello gli antichi canoni gallicani, contrapponendoli alle regole dei *neoterici Romani*, ma si può ragionevolmente dubitare dell'esistenza di tali antiche proibizioni citate così vagamente, e di cui non rimane traccia certa. Se qualcuna ve ne fu, certo dovette essere completamente dimenticata in epoca molto remota.

dunque a poche leggende e notizie, certo non troppo attendibili, di Gregorio di Tours e degli scrittori posteriori. È così che sappiamo di una prova del fuoco, cui si sarebbe sottoposto Briccio, successore di S. Martino († 400), per purgarsi da una grave accusa (1), e della prova della caldaia, con cui un giovane sacerdote avrebbe dimostrato ad un ariano la verità del cattolicesimo (2).

Sappiamo pure che Avito, verso il 499, disputando coi vescovi ariani, propose al re Gundebaldo di affidare la decisione delle controversie ad una specie di giudizio di Dio, andando alla tomba di S. Giusto ad interrogarlo sulla vera fede; a questo però i vescovi ariani si opposero dicendolo un sacrilegio, e la proposta non ebbe seguito (3). Lo stesso Avito, disputando con Gundebaldo, avrebbe invece, almeno implicitamente, condannato l'uso del duello giudiziario, che Gundebaldo aveva tanto favorito nelle sue leggi (4). Dobbiamo questa notizia ad Agobardo, autore molto sospetto, sia perchè posteriore di più che tre secoli, sia perchè notoriamente avverso alle ordalie, tanto che altrove (5) travisa il fatto della disputa dello stesso Avito coi vescovi ariani, fingendo che la proposta di ricorrere al giudizio divino partisse non da Avito, ma da Gundebaldo.

(1) V. sopra pag. 187-188.

(2) V. sopra pag. 187, n. 4. Di questi mezzi estremi usati per la conversione degli eretici o degli infedeli si hanno parecchi esempi. Ancora S. Francesco d'Assisi, predicando ai Musulmani, propose, dicesi, di attraversare un rogo, ma inutilmente. CH. BARTHOLD, *François d'Assise, Ét. histor. d'après le D. KARL HASE*, 1864, p. 77 seq.

(3) HEFFLE, *Conciliengesch.* II, 631. *Collatio episcoporum præsertim Aviti Viennensis episc. coram rege Gundebaldo* (in D'ACHERY, *Spicilegium*, t. III, p. 304 seq. o AVITI, *Opera rec. R. Peiper* (*Mon. G. hist. Auct. antiquiss.*, t. VI, p. poster. 1883) p. 164)... « Si rationes nostræ non possunt illos convincere, non dubito quin Deus fidem nostram miraculo confirmet: iubeat sublimitas vestra, ut tam illi quam nos eamus ad sepulchrum hominis Dei Iusti et interrogemus illum de nostra fide... Rex attonitus annuere videbatur, sed inclamare cœperunt Ariani se pro fide sua manifestanda facere nolle, ut fecerat Saul etc. ». (Cfr. *Re.* I, 28).

(4) AGOB., *Liber ad Ludov. Pium adversus legem Gundobadi etc.* (*Opera* ed. BALUTIUS, 1666, I, p. 107-121), cap. XIII. AVITI, *Opera*, p. 2.

(5) AGOB., *De divinis sententiis*, cap. VI. AVITI, *Opera*, p. 3.

Rispetto al duello Agobardo ripete il dialogo, che sarebbe avvenuto fra il re ed il santo vescovo, in cui il primo in fondo espone la stessa opinione, che abbiamo trovata in S. Agostino, che cioè l'esito delle guerre e dei combattimenti è diretto dal giudizio di Dio, che concede la vittoria a colui la cui causa è più giusta, ed Avito risponde coi testi «Dissipa gentes quæ bella volunt» (Salmo 67) «Mihi vindicta, ego retribuam» (Ep. ad Rom. 12) i quali veramente non erano i più adatti, ed aggiunge che spesso il giusto è oppresso e prevale invece *iniquæ partis vel superior fortitudo, vel furtiva subreptio*. Se questo dialogo non è inventato da Agobardo, esso è di molta importanza per noi, perchè contiene il primo attacco contro l'uso del duello. Contro questo si cita anche un sinodo inglese (1) dell'anno 691 o 92 tenuto sotto il re Ina, ma parmi che esso non tratti tanto del duello giudiziario, che forse non era in uso presso gli anglo-sassoni, quanto piuttosto delle risse e dei combattimenti fatti per odii e vendette private. Si prevede infatti il caso della lotta avvenuta in presenza del re, o nelle chiese, o nelle case, dell'alterco in cui la parte lesa non reagisca e via dicendo.

5. — Nell'VIII secolo troviamo poi parecchi sinodi, che si occupano delle ordalie, e che tutti senza eccezione sono favorevoli ad esse. In gran parte abbiamo già avuto occasione di vederne le decisioni, le quali passarono nelle leggi laiche: si tratta dei sinodi di Vermeria, Heristal, Riesbach che prescrivono la prova della croce nelle dispute coniugali, e nell'accusa di spergiuro, e dei Sinodi di Dingolfingen e Neuching, le cui decisioni riferentisi al duello vedemmo già nelle leggi bavare (2). Sappiamo inoltre di alcuni giudizi Dio, che ebbero luogo davanti ai Sinodi e per loro ordine. Così nel sinodo francofortano del 792, tenuto *apostolica auctoritate*, in presenza dei vescovi Teofilatto

(1) MANSI, XII, 58, 6. HEFELE, *Conciliengesch.*, III, 349.

(2) Sinodi di Vermeria a. 753, 17 (HEFELE, III, 575), Heristal, 779, 10 (HEFELE, III, 623), Riesbach, 799-800, 15 (HEFELE, III, 732), Dingolfingen, 769-771, 11; Neuching, 4, 5 (HEFELE, III, 611, 614).

e Stefano, legati pontifici inviati da papa Adriano, un servo purgò col giudizio di Dio il vescovo di Verdun, accusato di alto tradimento, e che non aveva potuto trovare congiuratori (1), ed il Sinodo di Düren dell'anno 775 ordinò che fosse decisa colla croce la controversia fra il vescovo Herchenrad e l'Abate Fulrado (2).

Nel IX secolo dobbiamo notare nell'alto clero due opposte tendenze per ciò che concerne le ordalie. Da un canto alcuni pochi prelati le combattono e vorrebbero sostituirvi altre prove più razionali (3), od anche il giuramento (4), dall'altro v'è chi ne fa l'apologia, e ciò che è ben più importante, le introduce nei tribunali sinodali svoltisi appunto in questo secolo dagli antichi ordinamenti penitenziali, ed in ispecial modo dalle *visitationes* episcopali (5).

Questi tribunali sinodali erano presieduti dal vescovo, o da un suo rappresentante, durante le visite annue fatte alle singole parrocchie, e giudicavano e punivano con pene canoniche chi durante l'anno si fosse reso colpevole di certi gravi peccati. Ma mentre anticamente per ogni colpa, che non fosse notoria, si richiedeva la spontanea confessione del colpevole, come prescrivono i primi libri penitenziali, per non parlare di una let-

(1) HEFELE, III, 690.

(2) HARTZHEIM, I, 236.*dum per ipsis instrumentis de utrasque partis certamine non declaratur ut recto thramite ad Dei iudicium ad crucem eorum homenes.... exire atque stare deberint.* Cfr. HEFELE, III, 621-22.

(3) Così Agobardo di cui diremo in seguito.

(4) Così il Sinodo di Valenza nel Delfinato, di cui parimenti diremo fra breve.

(5) Sui tribunali sinodali, specialmente franchi, resta, se non erro, come lavoro capitale lo scritto di DOVE in *Zeitschr. für Kirchenrecht*, IV (1864), pag. 1-45, V (1865), 1-42. V. anche RICHTER, *Kirchenrecht*, p. 597 seq. FRIEDBERG, 210, ZOERN, 64 seq. HILDENBRAND, *Purgatio canonica etc.* p. 98 seq. e la ricca bibliografia in DOVE, IV, 5, n. 8, e RICHTER, I, c. Hildenbrand venne tratto in grave errore sull'epoca in cui furono introdotti questi tribunali, per aver accettato come autentico il penitenziale dello Pseudo-Teodoro, che in seguito riconobbe egli stesso apocrifo, e che WASSERSCHLEBEN, *Bussordnungen*, p. 16, dimostrò d'origine franca e composto non prima della fine del IX secolo, mentre Teodoro di Kanterbury visse, come è noto nel VII secolo.

tera apocrita attribuita a papa Alessandro I, (1) verso la metà del IX secolo (2) s'introdusse l'uso di scegliere in ogni parrocchia alcuni uomini intemerati, che si obbligavano con giuramento a denunziare al tribunale sinodale chiunque a loro scienza avesse agito *contra Dei voluntatem et reclam christianitatem* (3), e vengono perciò detti *testes synodales*. Si introduceva con ciò una procedura tra l'inquisitoria (4) e l'accusatoria, e diveniva necessario permettere all'accusato di purgarsi, poichè non si poteva pensare a costringere gli accusatori alla prova. Per tal modo il sistema di prove del diritto laico venne accolto intieramente dal clero, specialmente nelle diocesi germaniche, e nonostante l'opposizione, del resto poco vigorosa, dei papi si mantenne per parecchi secoli. L'accusato non era veramente costretto a purgarsi dall'accusa, ma se non lo faceva, e non accettava la penitenza, si riteneva per scomunicato.

In seguito a questo nuovo stato di cose, troviamo le disposizioni importantissime dei sinodi di Magonza e Treviri, che regolano la prova per chi sia accusato davanti ai tribunali sinodali.

Il Sinodo di Magonza dell'anno 847 prescrive il giuramento con dodici congiuratori per l'uomo libero, ed i dodici vomeri infuocati per lo schiavo, accusato di aver ucciso un prete (5).

(1) ALESS. I (1094-1191) *ad omnes orthodoxos: Confessio vero non extorqueri debet in talibus, sed potius sponte profiteri. Pessimum est enim de suspitione, aut extorta confessione quemquam iudicare* (MANSI, I, 634). Questo passo è riportato da HINCMARO, *De divorzio etc.*, p. 622. La lettera appartiene alle falsificazioni Pseudo-isidoriane. Cfr. BENEDETTO III, 259 (in append. a PERTZ, *Legum*, t. II).

(2) DOVE, op. cit., IV, 30.

(3) REGINONIS abb. *Prum. libri duo de eccles. discipl. etc.*, II, 3, (mi servo ancora dell'edizione di BALUTIUS, 1671). Questo libro, che è la principal fonte per la conoscenza dei tribunali sinodali, fu scritto da Regino († 915) per incarico di Rathbodius, arcivescovo di Treviri, ad uso di quella diocesi e dopo il 906. Cfr. DOVE, IV, 28.

(4) Sui rapporti che questo sistema inquisitorio può avere coll'inquisizione nei tribunali laici dell'epoca carolingia, cfr. DOVE, IV, 31 seq. e gli autori da lui citati.

(5) *Conc. Mogunt.*, a. 847, 24. HEFELE, IV, 127. Burchardo, Ivone (*Decr.*), la collezione torinese in VII libri e Graziano, invece di 12 congiuratori leggono 72.

Come si vede è qui accolto il principio del diritto germanico, per cui lo schiavo si purga colle ordalie, il libero col giuramento. Ma per quest'ultimo non appare si tenga conto della sua condotta precedente, e della sua eventuale condanna anteriore per spergiuro, o altro delitto.

Anche più importante è la disposizione del Sinodo Triburiense (1) dell'anno 895 conservataci da Regino (II. 303). Di questo Sinodo conosciamo anche gli atti preparatori, in cui si conteneva la seguente disposizione:

« Si quis fidelis libertate notabilis aliquo crimine, aut infamia deputatur, utatur iure, iuramento se excusare. Si vero tanto talique crimine publicatur, ut criminosus a populo suspicetur, et propterea superiuretur, aut confiteatur et pœniteat, aut episcopo vel suo misso discutiente per ignem candenti ferro caute examinetur ».

Gli atti definitivi ridussero questa disposizione alla forma seguente:

« Nobilis homo vel ingenuus, si in synodo accusatur et negaverit, si eum fidelem esse sciunt, iuramento se expurget. Si autem deprehensus fuerit in furto atque periurio, ad iuramentum non admittatur, sed sicut qui ingenuus non est, ferventi aqua aut candenti ferro se expurget ».

La differenza sta specialmente in ciò, che secondo gli atti preparatori è escluso il giuramento dell'accusato quando l'accusa sia confermata dal giuramento di un numero di persone che doveva essere determinato dalla consuetudine (2), mentre negli atti definitivi è costretto all'ordalia solo chi altre volte sia stato convinto di furto o spergiuro (3).

Agli atti preparatori più che ai definitivi si accosta l'autore di un capitolo Pseudo-Teodoriano (4), però il canone definitivo

(1) *Conc. Tribur.*, a. 895, 22. MANSI, XVIII, 143. HEFELÉ, IV, 555.

(2) Sul *superiurare*, cfr. DOVE, V, 30.

(3) Così intendo il *deprehensus fuerit*, il quale non può indicare una specie di sorpresa in flagrante, perchè allora non avrebbe senso restringerla ai casi di furto e spergiuro, intendendo per quest'ultimo che il popolo stesso all'atto del giuramento *superiuret* l'accusato. (Cfr. lo Pseudo Teodoro nella n. seg.).

(4) Pseudo-Theod. c. 47 dell'ediz. di PETIT: « De ingenuo fidei accusato. Sceleret si quis ingenuus fidelis notatur, liceat ei cum iuramento se expurgare.

ha avuta un'importanza capitale, ed è accolto in moltissime collezioni fino alla *lipsiense* ed alla *compilatio prima*.

Gli avversari delle ordalie, se anche l'esempio di Agobardo non è affatto isolato, non riuscirono però a farne sancire la condanna da alcun Sinodo. Troviamo bensì abolita la prova della croce in un sinodo dell'817 (1), la cui decisione e l'insulsa motivazione si è vista trattando dei capitolari franchi, e sappiamo che per motivi di egual peso si combatteva la prova dell'acqua fredda, in cui si ravvisava quasi un secondo battesimo, ed essa fu infatti proibita, benchè con poco successo (2). Con ciò però si era ben lungi dal combattere l'istituzione delle ordalie, ma semplicemente si combattevano alcune forme speciali in seguito a vacue considerazioni teologiche. Dobbiamo però fare eccezione per il Sinodo tenuto a Valenza nel Delfinato (3) nell'anno 855.

Per sè le decisioni di questo sinodo, cui presero parte solo gli ecclesiastici delle tre Diocesi di Lione, Vienna e Arles, non hanno importanza, poichè mancò loro senza dubbio l'approvazione imperiale richiesta dai loro autori, e non furono accolte, salvo errore, nelle compilazioni e negli scritti posteriori; pure per quanto ci riguarda esse sono degne di speciale menzione, perchè vi è condannato recisamente il duello.

Base delle proposte del Sinodo si può dire la sentenza di S. Paolo, per cui il giuramento è fine d'ogni controversia. Dato quindi il giuramento, non si può permettere all'avversario d'impugnarlo in qualsiasi modo, e specialmente gli si deve impedire di opporre il proprio giuramento, e di ricorrere infine al duello.

» Quod si quilibet ingenuus gravi infamia publicatur, ut eum populus superioraverit criminosum haberi, si se excusare voluerit, ferro se examinet ». Il cap. 36 di questo stesso penitenziale riproduce con leggieri cambiamenti il cap. cit. del Sinodo di Magonza. I due capitoli mancano nell'edizione di *Wasserschleben, Bussord.*, e già in *Ancient Laws of England* si trovano fra i *Capitula et fragm. Theodori* (p. 311, 313) e non nel Penitenziale.

(1) Cfr. HEFELE, IV, 27.

(2) Le ragioni addotte contro la prova dell'acqua fredda, si possono desumere dall'apologia fattane da Hincmaro, e di cui diremo.

(3) MANSI, XV, 9, n. XI e XII. HEFELE, IV, 197.

Quest'ultimo è contrario alla pace cristiana, causa di funesta ed orrenda rovina per le anime ed i corpi, e perciò il Sinodo *iuxta antiquum ecclesiasticæ observationis morem* (1) ordina che chi è ucciso in duello sia considerato come suicida, chi lo ha ucciso, come assassino, e supplica l'imperatore a volerne approvare le decisioni. Delle ordalie non si parla, ed esse potrebbero ancora trovar luogo nel sistema di prove propugnato dal sinodo, nei casi in cui non si ammettesse il giuramento.

Quanto all'opposizione così recisa contro il duello, che pur era frequentemente prescritto nella legislazione franca, essa ci sembrerà meno strana osservando che presiedeva il sinodo S. Remigio arcivescovo della diocesi di Lione, retta pochi anni prima da Agobardo, avverso specialmente al duello, e la cui dottrina aveva potuto facilmente trovare seguaci nel clero della sua diocesi.

Ancora nel IX secolo, ed in occasione della famosa questione del divorzio di Lotario, troviamo espressa una teoria che ci conviene notare, benchè prodotta solo dal desiderio di compiacere l'imperatore: si ammette cioè che Iddio possa talora nella sua misericordia nascondere la colpa dell'accusato (1).

Ciò fu ripetuto in seguito, ma per altri motivi, quando cioè cominciava a venir meno la fede nelle ordalie: si aggiunse anzi che poteva anche apparire colpevole chi fosse realmente inno-

(1) «...unde iudicium postea.... extitit factum, sed non divina pietas indulgens rei veritatem manifestare voluit». Hlotarii II regis Syn. Aquensis 860, 9 Jan. (conservato da Hincmaro *De divortio etc.*, 574). Dallo scritto di Hincmaro vediamo quali ragioni accampavano gli avversari della regina, per dimostrare che il giudizio di Dio non ne escludeva in modo assoluto la colpa. Si diceva che *pro secreta facta confessione ab eadem femina, vicarius eius de iudicio intactus evasit* (Hincm. Opera, I, 613), o che la regina con una restrizione mentale aveva inteso parlare di un altro suo fratello d'egual nome, e per ciò naturalmente non poteva essere condannata dalla divinità, (op. I, 615); ma Hincmaro ribatte, che per tal modo si viene a dire *falli vel fallere posse veritatem* e non mena buone queste scuse. Però egli ammette con strana contraddizione che per avventura possa essere turbato l'esito delle ordalie per inganno diabolico, cionondimeno non si devono ripudiare per questa ragione perentoria, che i cattolici continuano ad usare il battesimo, benchè il battesimo degli eretici sia fatto con frode. (Op. I, 617 seq.).

cente del delitto imputatogli, ma avesse altri demeriti, che attirassero su lui la collera divina (1).

6. — Nel secolo x il sinodo inglese di Gratley (anno 928) fissa le formalità che debbono accompagnare le ordalie, ed i sinodi bavari fra l'anno 953-962 le prescrivono parecchie volte per delitti aventi caratteri di sacrilegio (2).

(1) Ecco alcuni esempi tratti del curioso *Dialogus miraculorum* del monaco Cesario Heisterbacense († 1240) ed. Strange, 1851. Il fratello di un castellano reo di gravissimi delitti e che dovea essere convinto col duello, impetra di servirgli da campione: si prepara coll'orazione e la confessione e vince: *sicque per fratris humilem confessionem, homo morte dignus evasit mortem, adeptus est victoriam*. Il fatto sarebbe avvenuto in Lombardia alla presenza dell'imperatore Enrico VI, padre di Federico II (Dist. III, cap. 18, I, p. 134-135). Parimenti Cesario narra *de milite, qui virtute sacre communionis in duello triumphavit* (Dist. IX, cap. 48, II, 202), e di un pescatore reo di fornicazione salvato dalla confessione. Egli prevedendo che sarebbe stato accusato al sinodo, si confessa esponendo i suoi timori « *Si habes, inquit sacerdos, firmum propositum nunquam peccandi cum illa (femina), candens ferrum secure poteris portare, ipsumque peccatum negare: spero autem quod virtus confessionis liberabit te* ». E così infatti avvenne, *cunctis stupentibus quibus fornicatio innotuerat*, e benchè il proponimento non fosse molto fermo, poichè il pescatore ricadde nel peccato quasi subito (Dist. X, cap. 35, II, 243). Un altro fatto curioso si trova in PETZ, *Thes. anecd. Noviss.*, V, III, p. II, 398. *Narratio Othlonis monachi etc. de miraculo quod nuper accidit cuidam Laico*. Questi accusato di furto, benchè innocente, è convinto *per solitum aquæ iudicium*: un monaco gli spiega il mistero: egli benchè laico si radeva la barba: promette che non lo farà più, si ripete il giudizio divino ed è assolto.

Un esempio leggendario di un colpevole salvato dalla confessione si trova nel *Manuel des péchés* di WILHAM DE WADINGTON, V, 10730, in *Hist. litt. de la France* XXVIII, (1881), p. 205, dove è pure citato il *Libro de los Exemplos*, n. 293 e *Latin Stories* di WRIGHT, n. XXX. Per contro Jureto nella nota all'epist. 168 di Ivone, riferisce dallo stesso manoscritto citato sopra, p. 192, n. 3, come un certo Anselmo ladro, fosse denunciato dal suo complice, e questi soccombette nel duello, *forsitan, ut multi putarunt, pro fidei violatæ reatu, quia promiserat eidem Anselmo, quod eum non detegeret*. In una lettera d'Innocenzo III, che citeremo a suo tempo, si narra come alcuni accusati di furto soccombessero in duello benchè innocenti, *aliis peccatis suis præpedientibus*. La *Summula* di ROFFERDO V prescrive, che non possa servire da campione *quicumque est in criminali peccato, perchè presumitur quod si in pugna succumberet, potius succumberet propter delictum suum, quam propter delictum actoris vel accusati*. Inutile poi ricordare ancora l'editto di Liutprando, 56.

(2) Di essi abbiamo già parlato sopra a proposito del diritto bavaro. Vedi sopra p. 283-84.

Pare che al principio del secolo x, o forse alla fine del ix, appartengano pure i decreti di un Sinodo, che Dove congettura tenuto nella diocesi di Würzburg, e Merkel stampò come di epoca incerta nell'*additio* xvii alle leggi Bavare (1): vi si stabilisce a proposito dei *testes synodales*, i quali siano venuti meno al loro ufficio, o che si siano resi colpevoli di qualche delitto, che essi possono essere accusati *a cuiuscumque nationis vel linguae viris nobilibus tantum et numero testimonio congruentibus*, nel qual caso non resta loro che sottoporsi alla pena ecclesiastica, o purgarsi coll'ordalia del ferro rovente. È espressamente indicato che gli accusati non possono opporsi alla testimonianza invocando il fatto che gli accusatori appartengano ad altra gente e vivano sotto altra legge (2).

Continuando la nostra rapida rassegna troviamo nell'xi secolo il sinodo di Seligenstadt dell'anno 1022, il quale prescrive l'ordalia per le accuse d'adulterio, sia che neghi uno solo od entrambi gli accusati (3). Sappiamo ancora che il sinodo di Geisleben (a. 1028) prescrisse la prova del ferro infuocato per un gentiluomo accusato come assassino del conte Sigifredo, e la prova fu infatti felicemente sostenuta (4); i Sinodi di Burgos (1077) e Toledo (1091) vollero decidere col duello e colla prova del fuoco, se si doveva preferire la liturgia mozarabica, o la romana (5); il sinodo Romano del 1078 autorizzò la prova famosa

(1) Cfr. DOVE, *Das... Sendrecht der Main-und Rednitzwenden in Zeitsch. für Kirchenrecht*, iv, p. 157-175. Dove dà il testo corretto coll'aiuto di un manoscritto non usufruito da Merkel.

(2) ...*quia unius legis et gentis non sunt, obiectione remota*. Così Dove; l'edizione di Merkel invece di *non sunt* ha *consentur*, ciò che non muterebbe il senso. Vedremo in seguito che Agobardo domandava pure che ognuno fosse ammesso a testimoniare, nonostante la diversità di schiatta e di legge.

(3) MANSI, xix, 397. HEFELE, iv, 672.

(4) EOCARDI, *Chron.* a. 1028. *M. G. H. SS.* iii, 97. MANSI, xix, 485. HEFELE, iv, 686.

(5) HEFELE, v, 158, 200. MANSI, xx, p. 514. Lettere di Gregorio VII in IAFFÉ, *Bibl. rer. germ.*, ii, 317, 385 (7 maggio 1078, 15 ott. 1079). Più di un secolo dopo, S. Domenico disputando con alcuni eretici provò, dicesi, la verità delle

di Pietro d'Albano già ricordata (1); infine l'abate di Montecassino ed altri ecclesiastici ricorsero alla prova dell'acqua fredda, servendosi di un bambino, per sapere se nella famosa lotta fra Enrico IV e Gregorio VII la ragione stava per il papa o l'imperatore. Si trovò che il papa aveva torto (2).

I sinodi del XII secolo ci danno pochissimo materiale, ma questa mancanza è compensata dagli scrittori, di cui diremo in seguito. Per altro troviamo che nella tregua di Dio promulgata nel Concilio di Reims del 1119 (3) si impone il giudizio di Dio per ogni accusato che non sia *miles* e questo decreto ha importanza capitale perchè porta il nome di papa Calisto II, che presiedette il concilio, cui presero parte cinque arcivescovi e più di duecento vescovi. Perciò ci converrà ancora ricordarlo. In seguito il Sinodo di Reims del 1157 impone la prova del ferro infuocato per chi venga sospettato come cataro (4). Ricordiamo pure che in un Sinodo di Milano verso il 1103 Liprando,

sue tesi gettandole in una fornace ardente, dove rimasero intatte, a differenza di quelle degli avversari. Ricavo la notizia da un manoscritto liturgico del sec. XV appartenente già alla Congregazione dell'Oratorio di Chieri, ed ora di mia proprietà, in cui si narra: « Legitur in quodam beati Dominici opusculo quod » cum regularis esset canonicus in episcopato tolosano contra hereticos quosdam disputando contendit... Cum vero beatus Dominicus se non posse illis » veritatem persuadere conspiceret, taliter cum eis convenit, suas pariter conclusiones in ardenti fornace deponerent, que ante ignis ardorem deficerent, » non veridice putarentur... statim ergo falsas hereticorum conclusiones vorax » flamma consumpsit, beati vero Dominici verissima dicta, in medio ardentis » flamme sine ulla penitus lesione, nulloque in eis ignis apparente indicio per » tres continuos dies persistere... ». Il racconto non si può più controllare, perchè nessuna delle opere di S. Domenico giunse fino a noi. Qui torna in acconcio di ricordare anche l'uso di provare le reliquie col fuoco; su quest'uso scrisse una breve memoria Mabillon (V. LE CERF, *Bibl... des auteurs de la congreg. de S. Maur*, 1726, p. 266).

(1) Cfr. sopra p. 187 n. 2°. HEFELE, V, 117.

(2) M. G. H. SS., VIII, 460 (da un codice dell'epoca). HEFELE, V, 169, n. 3.

(3) MANSI, XXI, 237. Cfr. PERTZ, SS., XII, 422 seq.

(4) Sin. di Reims, 1157, I. DE PIPHILIS (franc. Pifres=Catari). ...si quis vero de hac impurissima secta infamis fuerit... igniti ferri iudicio se purgabit. (MARTENS et DURAND, VII, p. 75). Cfr. HEFELE, 568-69.

sacerdote milanese (1), convinse di simonia il celebre Grossolano, attraversando un rogo, come già lo aveva attraversato Pietro Igneo nel sinodo Romano (2). Grossolano fu costretto a fuggire da Milano e si rifugiò a Roma, ma in seguito essendosi trovato che Liprando aveva una scottatura alla mano, che si diceva anteriore alla prova, e una ferita al piede (prodotta, sempre secondo il cronista sincero favorevole a lui, dall'essere stato calpestato dal cavallo di un Giovanni de Rode), e d'altra parte « quia praesentia episcoporum suffraganeorum huic legi (a questa » prova) et triumpho favorem integre non praebuit (3) », una parte dei cittadini ad istigazione di alcuni sacerdoti partigiani di Grossolano, si levò a rumore, e ne avvennero *praelia et homicidia multa*.

Due anni dopo la causa di Grossolano fu avvocata ad un sinodo romano presieduto da papa Pasquale. In esso Landolfo di Vereglate, poi vescovo d'Asti ed in seguito canonizzato, doveva per spontanea offerta da lui fatta al clero e al popolo di Milano, sostenere *certis cum rationibus et iustis et sanctis canonibus... illum (Grossolanum) non posse subsistere in numero Episcoporum nec Presbyterorum, aut etiam in aliquo ordine clericorum*, ma pare non mantenesse con troppa fedeltà le sue promesse. Ad ogni modo il papa decise che Grossolano sarebbe deposto, se Liprando con altri dodici sacerdoti giurasse quod Grossolanus coegit ipsum sacerdotem ire ad ignem: vediamo invece che Grossolano giurò il contrario con altri due vescovi, e fu restituito nella sua sede, senza che però si riuscisse a vincere la resistenza del clero e del popolo di Milano, per cui non

(1) Questo Liprando è lo stesso che fu mutilato, perchè fautore del celibato degli ecclesiastici, e credo sia stato poi canonizzato.

(2) La prova di Liprando e le dispute cui diede luogo sono esposte minutamente da Landolfo Tuniore, autore sincero e che lo conosceva personalmente. (*Hist. Mediol.*, cap. ix e seq. in MURATORI, *SS.* v, p. 479 seq., riprodotto per ciò che riguarda il sinodo di Milano in MANSI, xx, 1135 seq.). Cfr. MURATORI, *Annali*, 1103, 1105. HEFELE, v, 271-72.

(3) Muratori intende che i vescovi suffraganei disapprovarono la prova: non si deve invece ritenere solo che essi non erano presenti, e che perciò il giudizio sembrava in qualche modo illegale?

ottenne «nec sedem nec aliquam munitionem Archiepiscopatus post legem ipsam a presbytero factam (dopo il giudizio di Dio).

Muratori e dopo lui Hefele credono che il papa per tal modo abbia disapprovato il giudizio di Dio, ma le parole del cronista sono molto oscure (1). Certo Liprando *licet occasione huius restitutionis foret suspectus Grossulano restituto et restitutum suscipientibus*, continuò pacificamente nel suo ministero; ora pare che egli avrebbe dovuto essere punito, se il giudizio di Dio fosse stato cosa riprovata, anche solo nei sacerdoti, e perciò la minacciata deposizione di Grossolano si dovesse considerare come punizione per il caso, che egli avesse costretto Liprando a subirlo. Forse invece il papa considerò come di niun valore la prova avvenuta perchè non approvata da Grossolano (2) benchè in fondo l'approvazione ci fosse stata, da quanto appare evidente dal già citato cronista, tanto che fu ritenuto da moltissimi falso il giuramento di Grossolano, specialmente quando a caso gli cadde il pastorale nelle cerimonie della reintegrazione nel suo ufficio.

Ad ogni modo nulla si può asserire con certezza; ma se condanna dell'ordalia ci fu, essa è ristretta al solo uso nelle cause ecclesiastiche, in cui da un pezzo si usava quella che in seguito fu detta *purgatio canonica* (3).

Notiamo ancora un concilio inglese in cui si esimono gli ecclesiastici dall'obbligo del duello (4) per passare al secolo XIII, in cui infine, se non si osa condannare recisamente le ordalie, pare si tenda in pratica ad abolirle, specialmente coll'impedire agli ecclesiastici di prendervi parte.

Veramente già il cap. 62 dei *canones editi sub Edgardo rege* nell'anno 960 stabiliva, *ut sacerdos nunquam ordalia visitet*

(1) «Sed presbyter Liprandus causam quam adversus Grossulanum habuit, » pure notificavit, et apostolicus non legem per ipsum Presbyterum datam et » sacramento et igne notatam laudavit sed gratiam et officium Presbyteratus » in illo firmavit et dixit: si hic Presbyter iuraret etc. ».

(2) Veramente il cronista ha *coegit*.

(3) Questa forma non è usata prima della fine del XII secolo, come diremo in seguito (pag. 399 seg.).

(4) Sin. di Westminster, 1176, 4. HEFELE, v, 691.

et iuramenta (1), ma questa disposizione rimase isolata e senza effetto.

7. — Invece nel XIII secolo comincia il Sinodo di Parigi del 1212 (o 1213) a stabilire che i duelli e gli altri giudizi secolari (*peregrina iudicia*) non debbono aver luogo nei cimiteri ed in presenza dei vescovi; questa disposizione è letteralmente ripetuta nel Sinodo di Rouen due anni dopo (2), mentre il concilio lateranense IV proibiva (3) formalmente agli ecclesiastici di benedire l'acqua bollente o fredda e il ferro infuocato, riconfermando le proibizioni pronunciate anteriormente riguardo al duello, a cui gli ecclesiastici non potevano assistere e tanto meno prender parte, perchè giudizio di sangue. Come si vede, l'ordalia non è espressamente condannata, anzi neppure il duello, come pare che tutti credano; pure lo scopo era molto probabilmente quello di impedire il giudizio di Dio, e così infatti intese uno scrittore sincrono, il quale parafrasò la disposizione del concilio in questo modo: *Quod iudicium aquæ vel ferri vel duellum nunquam fieri de cætero permittatur* (4).

Le disposizioni del concilio Lateranense si trovano ripetute parecchie volte nello stesso secolo (5): ma solo nel successivo

(1) WILKINS, *Conc. Brit.*, I, 225 in HILDENBRAND, p. 118.

(2) Sinod. di Parigi, IV, 15 in MANSI, XXII, 842. Conc. Rotomagensis, III, 15. MANSI, XXII. HEFELÉ, V, 871.

(3) « Nec quisquam purgationi aquæ ferventis vel frigidæ seu ferri candentis » ritum cuiuslibet benedictionis aut consecrationis impendat, salvis nihilominus prohibitionibus de monomachiis sive duellis antea promulgatis ». LABBE, XIII, 955.

(4) *Chron. Turon. auctore anony. canon. S. Martyni* (MARTENE et DURAND, *Veter. Script. etc.*, V, 1054).

(5) *Conc. Tribur.* a. 1227, 9 (MANSI, XXIII, p. 33). *Item nullus sacerdos candens ferrum benedicat... item nulli sacerdotes duellis, torneamentis, furum suspendiis et iudicio sanguinis, et etiam Clerici non intersint.* (Come si vede qui il punto di vista è affatto diverso da quello dell'anonimo citato nella nota precedente: non si condanna il giudizio di Dio, ma non si vuole che gli ecclesiastici assistano a giudizi crudeli). Statuta synod. eccl. Cenomaniensis a. 1247 (non debent sacerdotes reliquias... exhibere) nec unquam pugilibus ad iurandum cum monomachia secundum canones reprobetur... nec » quisquam purgationi aquæ ferventis vel frigidæ vel ferri candentis ritum » cuiuslibet benedictionis impendat etc. ». (MARTENE et DURAND, *Op. cit.*, VII, c. 1389, 1394).

secolo XIV, si trova infine una condanna esplicita delle ordalie, il cui uso, salvo eccezioni, era divenuto già abbastanza raro: si stabilisce allora che cada la scomunica su chiunque ordina od in un modo qualsiasi prende parte al giudizio di Dio, con cui si tenta le divinità e si espongono gli innocenti al pericolo d'essere condannati (1).

Seguono poi ancora parecchie condanne del duello, che veniva sempre più perdendo il carattere di giudizio di Dio, fino a quella del Sinodo di Aranda del 1473, e alla famosa del concilio di Trento (2).

Esaminati così brevemente i decreti dei Sinodi e Concili, che si occuparono dei giudizi di Dio, passiamo ora alla seconda parte della trattazione, vediamo cioè se possa accogliersi l'opinione, direi quasi generale (3), che considera i papi quali avversari risoluti delle prove germaniche.

8. — Fra le lettere pontificie, che si adducono in favore di questa opinione, nessuna è anteriore a Nicolò I, cioè alla seconda metà del IX secolo, e che più antiche condanne dell'ordalia o del duello da parte dei papi non esistessero, si può indurre da ciò che Agobardo nella prima metà del IX secolo non ne cita alcuna, mentre certo non avrebbe tralasciato un argomento di tanta importanza in appoggio della tesi da lui sostenuta: d'altra parte il vescovo Liutberto non oserebbe domandare a Stefano V quale specie di giudizio di Dio deve usare, se l'ordalia fosse stata proibita, nè Hincmaro rivendicare il diritto di libera dis-

(1) *Conc. Palentinum*, a. 1322, riportato in HILDENBRAND, p. 173.

(2) *Stat. Synod. Ecclesiae Ambianensis*, 6. (MARTENE e DURAND, VII, 1229). «Decedentes in conflictibus voluntariis ex proposito et deliberato factis, si de » parte exierint inuasorum... carere decernimus ecclesiastica sepultura». E se sono ecclesiastici debbono essere sepolti, *in finis sterquiliniis et locis aliis vilibus*. (Si noti qui la distinzione, che troveremo anche negli scrittori, fra provocatori e provocati). Il *Concilium provinciale Paduanum* del 1350 (MANSI, XXVI, col. 227) si accontenta di scomunicare gli ecclesiastici, che *sontanamente* accettino il duello, nonchè coloro che li costringano ad accettarlo. Non sono quindi scomunicati i laici, che combattono, nè chi loro imponga il duello. Sul *Conc. Provinc. di Aranda*, 1473, cfr. HEFELE, VIII, 201.

(3) Cfr. ad es. HILDENBRAND, p. 113. PFALZ, 44. GERHARD, I, 12. HERGENROTHER, I, 824. «, 377. BRACE, 168. MURATORI, *Annali*, 1103, 1405.

cussione sui giudizi di Dio, asserendo che questo diritto si ha da ognuno purchè non contraddica alle tradizioni della sede apostolica (1).

Questo lungo silenzio dei papi, mentre da più di tre secoli si usavano fra i cristiani ordalie e duelli, e le prime erano state anche prescritte da sinodi presieduti da legati pontifici, non può non interpretarsi come un'approvazione tacita (2), e che i papi ancora per parecchi altri secoli abbiano tacitamente approvate o tollerate le ordalie, lo vedremo da parecchi fatti. Non è egualmente certo che essi le abbiano anche riconosciute e prescritte ufficialmente. Per non parlare di due lettere evidentemente apocrife (3), si possono citare in favore delle ordalie due lettere di Niccolò I, e due altre di Giovanni VIII, che si trovano però solo in un codice della Biblioteca universitaria di Torino (4), e della

(1) *De divortio etc.*, Op. t. I, p. 612.

(2) Si aggiunga che Gregorio III, scrivendo al popolo germanico (a. 737-739) per dare un indice delle pratiche pagane condannate dalla chiesa, non vi enumera punto le ordalie. (*Monum. Mogunt.*, ed. IAFFÉ in *Bibl. rer. germ.*, III, 101, n. 36).

(3) Gregorio I (590-604): *Si vir, qui frigidae naturae esse dicitur per verum iudicium probare potuerit uxorem suam numquam cognovisse, separatur ab ea.* (MANSI, X, 446. IAFFÉ, † 1934. *Decr. Grat. C. II, q. 5, c. 20, GRAT.* Cfr. C. XXXIII, q. 1, c. 1. C. XXVII, q. 2, c. 29). ZEPHERINUS (a. 199-217). « Quoniam in re dubia certa non potest dari sententia, cum quolibet cause ventitantur in iudicio, sic plenius debent perquiri, ut nihil pretermisum utile et necessarium ibi remaneat indiscussum... aliter credendum est illis qui boni opinantur. Aliter illis quorum suspecti sunt actus. Pro quibus videlicet suspertis, divina experimenta aque vel ferri dudum fuerunt inventa. Ut sicut lingue in signum fuerunt non fidelibus, ita hec experimenta celestia sint credibilia videntibus. Scriptura testante. Qui de terra est, de terra loquitur, qui de celo venit super omnes est. Quale namque fiat iusiurandum, plerumque soli deo et iuranti cognitum est. Visibile autem experimentum, etiam hominibus aperit abscondita, et veritati certam fidem prestat. » (*Cod. Torinese E. v. 44.* (PASINI, tomo II, p. 285, CMIII), fogl. 56, v. PELUCK-HARTUNG, *Acta*, II, 5. IAFFÉ, † 81 a. — Su questa lettera ritorneremo fra breve.

(4) Il cit. codice E., v. 44, della fine del XII e del principio del XIII sec. Esso venne già studiato da parecchi. Cfr. DÜMMLER, *Gesta Berengarii*, 1871, p. 73, 155. PERTZ, *Archiv.*, v, 476; IX, 603. EWALD in *N. Archiv.*, III, 340; v, 325; VIII, 361, 606. ma specialmente PELUCK-HARTUNG in *Zeitschr. für Kirchenrecht*, XIX, 361: *Iter Italicum*, (1883), 160, 342, 517, 768, 821 ecc.: *Acta Pontificum*,

cui autenticità dovremo fra breve far questione. Inoltre parecchi scrittori moderni, in contraddizione a quanto prima si credeva, ritengono in gran parte vera la notizia data da numerosi formulari del ix e x secolo (1), secondo i quali la prova dell'acqua fredda sarebbe stata prescritta da Eugenio II, d'accordo con Lodovico il Pio, e congetturano che il papa abbia egli stesso dettato e mandato in Francia l'*ordo iudicii* che comincia colle parole: *si homines vis mittere ad iudicium* (2). Anche Amira (3), come si disse, accetta il racconto, e se ne serve in modo affatto ingiustificato, per provare che sotto Lodovico il Pio si tolse il giuramento dal rituale delle ordalie: mentre è facile osservare che accanto alla prova dell'acqua fredda continuavano ad usarsi tutte le altre, sulle quali non poteva avere immediata e decisiva influenza il rituale della prima (4).

In generale, è poi difficile ammettere che Lodovico il Pio, il quale, come è noto, proibì la prova dell'acqua fredda nell'anno 829, l'avesse introdotta d'accordo con papa Eugenio II, eletto nell'anno 824. D'altra parte, già Hincmaro afferma che *divini viri invenerunt iudicium aquæ frigidae* (5) ed è improbabile

passim. Una poesia, pubblicata già da PASINI ed ora da PFLUGK-HARTUNG, *Iter Italicum*, p. 517, ed in cui si ricorda un'eclisse del 1239 dà la data estrema del codice.

(1) Cfr. *Ordines A.*, 14-19 in ZEUMER, *Formulæ*.

(2) Così JAFFÉ, *Reg. Pontific.* (ed. 2^a), n. 2565 (*Probatio per aquam frigidam quomodo facienda sit, docet litteris in Franciam missis*), e SIMSON, *Ludwig der Fromme*, I, p. 280, n. 1, contro i quali si dichiara ZEUMER (*Formulæ etc.*, p. 601), a mio avviso, giustamente; pure egli scrive sul racconto degli *ordines*: *Cuius rei testimonii nunc fides prorsus abneganda sit, dubito*. Fra gli scrittori meno recenti, cfr. HILDENBRAND, p. 113 seq., BÖHMER da lui citato e WILDA, p. 482, n. 29.

(3) AMIRA in *Germania*, xx, p. 64.

(4) L'essere detto che Eugenio e Lodovico prescrissero la prova dell'acqua fredda, *ne periurii super reliquias sanctorum perdant suam animam*, corrisponde al pensiero altrove espresso, che è meglio ricorrere all'ordalia quando si teme uno spergiuro: si contrappone così l'acqua fredda al giuramento, non alle altre ordalie.

(5) HINCMARO, *De divortio etc.*, Op. I, p. 609: altrove egli scrive: *...christianitas ex antiquo... sanxit et frequentavit iudicium quod fit per aquam* (p. 603) ed in altro punto ancora: *...huiusmodi iudicium, quod ut audi-*

che egli intendesse alludere ad Eugenio II e a Lodovico, chiamandoli *divini viri*.

Si aggiunga che altri *Ordines* ad Eugenio II uniscono Leone III e Carlo Magno « *Beatus Eugenius et Leo et Carolus* » (1). Tutto ciò mi fece nascere il sospetto che il racconto, leggendario, o vero in parte, potesse originariamente riferirsi ad Eugenio I (+ 657) e a Leone II (+ 683), entrambi canonizzati, e del primo dei quali è detto che inventò l'aspersione coll'acqua benedetta: con ciò si spiegherebbe l'espressione *divini viri*, il titolo di *beatus*, ed il fatto che Eugenio sia citato prima di Leone. L'aver in seguito confuso questi due papi coi loro omonimi, non avrebbe nulla di anormale; Carlo Magno potrebbe essere stato aggiunto per il fatto, a me ignoto, cui accenna Hincmaro; però un dubbio serio nasce per ciò che si riferisce a Leone da ciò che ad esso accennano solo, a quanto pare, codici non anteriori all'XI secolo. Ad ogni modo nulla si può affermare con certezza.

9. — Venendo ora alle lettere pontificie ricordate, il trovarle nel solo codice Torinese, relativamente recente, e che Pflugk-Hartlung qualificò *una grande falsificazione di canoni* (2), basterebbe a renderle sospette, ma esse lo diventano anche più, quando si pensi che lo stesso codice torinese è il solo conosciuto, che contenga la lettera certamente apocrifia di Zeferino, alla quale accennai (3), e che è una vera apologia dell'ordalia in confronto del giuramento. Il processo tenuto dal falsario è qui evidente: egli, prendendo a base un pensiero (4) incidentalmente

vinus Karolus magni nominis imperator de suæ vitæ credulitate recepit (p. 612). Tutto ciò non ci permette di credere che il giudizio dell'acqua fredda sia stato introdotto, o meglio riconosciuto dal legislatore, sotto Lodovico il Pio.

(1) *Ordines* A. 5 (eccezionalmente si riferisce il racconto alla prova dell'acqua bollente). A 20. B VIII, l. B XVII, l. Si noti che alcuni codici ricordano solo i due papi, non l'imperatore. Su quest'ultimo cfr. la n. precedente.

(2) *Eine grosse Fälschung von Canones. Zeitschr. für Kirchenrecht*, vol. 19 (1884), p. 361-372.

(3) Vedila riportata sopra pag. 343, nota 3.

(4) « *Neque in re dubia certa iudicetur sententia* » ZEPHER. IV (HINSCHIUS, p. 131). La lettera spuria passò dallo Pseudo-Isidoro in parecchie collezioni, cioè nella *collectio Anselmi*, m, 60, nella collezione in 7 libri del codice tori-

esposto in una lettera spuria di Zeferino, che fa parte delle falsificazioni Pseudoisidoriane, architetta abbastanza abilmente una nuova lettera, che attribuisce a Zeferino, ed in cui difende le ordalie con argomenti, che non ricordo d'aver visti altrove, ma che potrebbero essere tolti da qualche antico scritto apologetico, ora perduto. Con eguale scopo e con eguale metodo è pure falsificato un passo dell'opera di S. Agostino, *de Spiritu et littera*, in cui si fa parlare al santo di *divina experimenta*, che egli non poteva certo conoscere (1).

Il falsificatore era quindi fautore delle ordalie, che nell'epoca in cui fu scritto il codice andavano appunto perdendo ogni di più terreno, specialmente in Italia, donde appare l'opportunità della falsificazione. Con ciò però non è ancora provato, che le altre lettere che riguardano i giudizi di Dio siano egualmente apocrife.

L'autore della collezione, persona molto dotta per i suoi tempi, non conosceva egli qualche fonte a noi ignota, da cui abbia potuto trarre alcune delle lettere pontificie da lui citate in gran copia, e di cui non si ha memoria altrove? Il dubbio si pre-

nese citato 1, 33, infine in Graziano C. 2, q. 7, c. 11. In essa si prescrive che il superiore non possa essere accusato dall'inferiore: noto per incidenza che nella *collectio Anselmi*, questa lettera comincierebbe, almeno secondo Theiner, con *Summopere quisquam*, in cui *summopere* è certo corrotto, nel decreto di Graziano con *Maiorum quisquam*, mentre la vera lezione sarebbe apparentemente quella del codice torinese: *Summorum quisquam*.

(1) Il passo autentico di S. Agostino, che mi riuscì di trovare non senza difficoltà, è il seguente: *De hac enim fide nunc loquimur, quam adhibemus cum aliquid credimus, non quam damus cum aliquid pollicemur* (*Liber de spiritu et littera. Opp. Parisiis, 1696. t. x, c. 115*). Il codice nostro, fogl. 57, lo parafrasa così: « Alia est fides quam adhibemus cum aliquid credimus. Alia » quam damus cum aliquid pollicemur. Ipsa vero qua credimus pro nobis ip- » sis est, ipsa autem quam pollicemur, pro aliorum incredulitate est. Unde scrip- » tura dicit. Sit sermo vester « est, est: non, non. Quod amplius est, a malo » est, id est ab incredulo exigente. Sed humana perversitas plerumque hoc exi- » gere facit. Quia nisi homines sibi ad invicem fallerent, nemo se falli time- » ret. Qua de causa, non solum iuramenta, sed etiam divina sunt quedam in- » troducta experimenta, quibus revelentur occulta, que ad inveniendum sunt » difficilia ». (Cfr. la lettera 252 d'Ivone: *non quod lex hoc constituerit divina, sed quod exigat incredulitas humana*).

sentò anche a Pflugk-Harttung (1), ma egli lo respinse benchè avesse osservato che alcune lettere già conosciute compaiono nel codice nostro con aggiunte perfettamente insignificanti, per cui la falsificazione non avrebbe avuto alcun scopo. Di ciò egli reca ad esempio una lettera di Siricio che nella forma finora conosciuta è così concepita: *Si sanus vir leprosam duxerit uxorem, aut postmodum ei supervenerit lepra (lepram ha per errore il codice torinese) separentur, ne concepti filii lepra maculentur* (2): ora il codice torinese aggiunge l'intestazione « *In epistola Siricii pp. ad Genesium episcopum, cap. XII* », ed in fine « *Fas namque est ut mundus ad mundam iungatur* ». In questa aggiunta Pflugk-Harttung vede semplicemente un'invenzione dell'autore della collezione in questione, osservando anche che nessuna delle lettere conosciute di Siricio è indirizzata ad un Genesio, mentre alcune lo sono ad Anisio. Ora io ho trovata questa lettera in aggiunta alla già citata collezione in 7 libri del codice torinese D. IV, 33, appartenente probabilmente alla prima metà del XII secolo, e che per quanto ho potuto scoprire non contiene alcun documento posteriore alla fine dell'XI secolo. Le piccole differenze, per sè insignificanti, fra le lezioni del primo e del secondo codice (3), bastano però a dimostrare che i due autori attinsero a fonti diverse: quindi la lettera in questione nella sua forma ampliata doveva essere conosciuta, anzi abbastanza diffusa, molto prima della compilazione del codice E., V, 44, e resta così provato collo stesso esempio di Pflugk-Harttung che il compilatore conosceva altre raccolte anteriori ora sconosciute. Comunque ciò sia, vediamo ora le singole lettere che si riferiscono al nostro argomento. La prima, attribuita a Nicolò I e che porta la rubrica *de divino experimento*, è di questo tenore: « Cum dicit scriptura, deus est testis

(1) Op. cit., pag. 370.

(2) IAFER † 265.

(3) Ecco la lezione del cod. D. IV, 33: *Epistola Siricii pp. ad Genesium episcopum, capitula. (3) XII. Si sanus vir uxorem duxerit leprosam, et (leggi aut) postmodum ei supervenerit lepra, separentur, ne concepti filii lepra maculentur. Fas namque non est ut mundus ad immundam iungatur.*

» et iudex, de his archanis constat intellegi peccatis, que sic
 » occulte solent patrari, ut non facile possint cognosci. Sicut
 » adulteria, fornicationes, et maleficia. Pro talibus archanis,
 » lex zelotiphie inter virum et uxorem fuit precepta. Hinc est
 » quod in deuteronomio, difficilia et ambigua iudicia, de quibus
 » verba inter iudices variabantur, iussa sunt ire ad locum, quem
 » elegit dominus, id est ad divinum experimentum, quod ora-
 » tione peragitur. Hoc idem plerumque innuitur per hoc quod
 » Moises pro difficilioribus questionibus tabernaculum ingredie-
 » batur, dominum consulens. Et non ex suo corde, sed secundum
 » domini responsum, populo respondebat (1) ».

Nei *Regesta* del Iaffè questa lettera non è segnata come apocrifia: a me pare evidente che si tratti di una falsificazione, anche prescindendo dal legittimo sospetto, che nasce dalla tendenza conosciuta dell'autore della collezione, e dalla sua abituale mala fede. Anche accettando come scritturale il detto *Deus est testis et iudex*, mentre nella Bibbia sta veramente: *Ego sum iudex et testis* (GEREM. 29, 23), è certo che esso è addotto qui in modo affatto ingiustificato ed usato in senso ben diverso da quello che ha nella Bibbia.

Si noti poi che la *lex zelotipia*, o prova delle acque amare, viene, apparentemente almeno, estesa oltre il dovere, mentre, come è noto, è esclusivamente prescritta per il caso d'adulterio. Quanto al passo del deuteronomio, esso è usato da Anselmo, dalla collezione in 7 libri del codice torinese, e da parecchie altre (2) per provare il primato della chiesa romana, e solo è qui applicato ai giudizi di Dio.

(1) Cod. fogl. 57 v. PELUCK-HARTUNG, *Acta*, II, 33, n. 65. IAFFÈ, n. 2856, d: *Ewaldus noster sine dubio investigavit, invenitque id esse fragmentum epistolæ vel decretalis cuiusdam iamdudum nobis notæ; sed illius Taurinensis collectionis textum citare, optimo ex mea sententia iure omisit. Equidem vero ubi lateat indicare nequeo.* Non è impossibile che realmente in qualche decretale nota si contenga parte di questa, ciò che corrisponderebbe al metodo solito del nostro falsificatore.

(2) ANSELM., II, 1. *Cod. torin.* D. IV, 33, l. 1, 3. Collezione del *Cod. Vaticano* 3832 (sec. XI e XII), l. 1 (in BALLERINI, IV, 18, 3). *Cod. Vatic.* 4977 (BALLERINI, I, c.).

Del resto, per quanto la condanna, che Nicolò I pronunzia del duello e delle ordalie, non sia così recisa, come lo si è creduto, non è però facile ammettere che egli si inducesse a prescriverle così apertamente, travisando il senso di sentenze scritturali.

Il secondo passo di Nicolò I, riferentesi alle ordalie, sarebbe il seguente:

« Nicolaus primus. Nitendum summopere est, ut æcclesiastice » persone maneant semper inconcussæ a litibus, quatenus pos- » sint assidue cultibus vacare divinis. Sed si casu faciente quæ- » libet oritur *controversia* inter æcclesiasticam et laicam per- » sonam, que aliis deficientibus regularibus probationibus necesse » sit iuramento vel examine divino finire, non clericus sed per- » sona secularis talem *inhonestam* subeat claritudinem, vel pu- » rificationem. Ut exinde sumat scandalum finem, et utilem sa- » tisfactionem. Attamen persone, cuius fama non videtur cri- » minosa, satis est credendum si iuret. Illa vero, quæ nota est » infamiis, divinis est purificanda iudiciis (1) ».

Anche qui la falsificazione mi pare evidente, e credo di trovarne la fonte in un canone del concilio di Treviri dell'895, passato in seguito in un numero grande di collezioni, compresa quella di Graziano (2), e quindi assai noto:

» Si quis presbyter contra laicum, vel laicus contra presby- » terum aliquam habet quærimoniam *controversiam*... laicus per » iuramentum si necesse sit se expurget, presbyter vero vice

(1) Cod. cit. foglio 70 v. PELUGK-HARTUNG, *Acta*, II, 66. IAFFÈ † 2863.

(2) BURGH., II, 182. LVONIS, *Pann.*, v, 10. *Decr.*, VI, 227. GRAT., C. II, q. 5, c. 4. Lo trovai anche nel Ms. torinese D. v, 19 (fogl. 87 v, riunito con un canone attribuito ad un conc. di Reims, e che solo apparentemente propugna la stessa dottrina: *Nullus ex ecclesiastico ordine cuiquam laico super sacra evangelia iurare præsumat, sed simpliciter cum veritate et puritate dicat: est, non, non. Sed si est aliquid, quod tibi obiciatur, prout iudicaverint, qui ipsius sunt ordinis, aut corrigatur, aut expurgetur*. Fonte di questo canone è il c. 20 dei *Capitula a Sacerdot. proposita* dell'802 (BORRHIUS, *Capitularia*, p. 107) che, al pari di gran parte di questi *capitula*, corrisponde perfettamente alle *Exceptiones Egberti*. 19 (*Anc. Laws of England*, p. 326). In esso si proibiscono i giuramenti prestati volontariamente, non quando siano richiesti dai giudici ecclesiastici. Anche questo canone si trova in molte collezioni, compreso il decreto di Graziano, C. XXII, q. 5, c. 22.

» iuramenti per factam consecrationem interrogetur, quia sacer-
 » dotes *ex levi causa* (1) iurare non debent. Manus enim per
 » quam corpus et sanguis christi conficitur, iuramento *pol-*
 » *lueretur*?... ».

Questo canone alla sua volta si risente probabilmente delle falsificazioni pseudo-isidoriane, in cui, come diremo, si vorrebbe esonerare gli ecclesiastici anche dall'onere del giuramento di purgazione. Il concilio di Treviri pone, invece del giuramento, un'interrogazione per *factam consecrationem*, che si avvicina assai alla prova dell'eucaristia; il falsificatore del codice torinese toglie anche questa, ritornando, forse inconsciamente, alla pura dottrina Pseudo-isidoriana, che non era però riuscita a mutare la consuetudine omai generalmente accolta (2).

Quanto all'ultima proposizione, ognuno vi riconosce la dottrina comune, sia dei sinodi germanici, nominatamente di quello di Treviri (*nobilis homo etc.*), sia dei capitolari.

Il falsificatore però procedette con una grande leggerezza, poichè, se si fosse accolta la sua teoria, ed in ogni controversia fra laici ed ecclesiastici, fosse spettato di diritto il giuramento al laico non infamato, gli ecclesiastici si sarebbero spesso trovati a mal partito, bastando per esempio a convincerli di reato il giuramento dell'accusatore. Certo però tale non era l'intenzione del falsificatore, il quale voleva solo che in mancanza di prove, bastasse all'ecclesiastico negare il fatto addebitatogli, incombendo invece al laico in caso analogo il giuramento o l'ordalia. Quindi chi accusa un ecclesiastico deve provare, e se non lo fa l'ecclesiastico s'intende senz'altro prosciolto dall'accusa. È perfettamente la teoria Pseudo-isidoriana (3).

(1) Questa regola e le parole *ex levi causa*, che paiono poco conformi all'assoluta proibizione precedente, si spiegano ricorrendo allo Pseudo-Isidoro (*Ep. CORNELII*), in cui si dice che il giuramento non si è mai preteso dai sacerdoti, *nisi pro fide recta*.

(2) Cfr. in seguito pag. 385.

(3) Cfr. pag. 381 seq. Altre controversie nacquero in seguito sull'uso del *iuramentum calumniae* da parte degli ecclesiastici. Cfr. la *Const. de iuram. calumniae* di Enrico II (1087, in PERTZ, *LL.* II. 41), e su questa CONRAD, *Gesch. der Quellen und Liter. des röm. Rechts etc.*, p. 5 e gli autori da lui citati.

Notiamo ancora relativamente alla falsità della lettera, che il dire che al giuramento si ricorre *aliis deficientibus regularibus purgationibus*, conviene bensì al diritto franco-longobardo del XII secolo, ma sarebbe un anacronismo nel IX secolo.

Le lettere attribuite a Giovanni VIII, nella parte che ci riguarda, sono le seguenti:

« Johannes urbis Rome presul Paulino regis civitatis coepi-
» scopò.... Persona quam suspectam asseritis, vestra moderatione,
» faciat idoneam suam confessionem, sive solo iureiurando si
» persona talis est, sive divino examine ut moris populi est.
» Aut etiam corpore et sanguine Christi probetur, sicut noster
» decessor adrianus fecit in lothario rege pro Waldrada sua
» pellice.... (1).

« Joh. pp. Ludoico imperatori. Quinque sunt principalia pro-
» bationum vel investigationum membra, per quæ a iudice pru-
» dente rerum veritas potest comprehendi vel colligi, id est
» scriptura, testes, manifestum indicium, iusiurandum, divinum
» experimentum. Hæc autem quinque species, sic debent inter se
» invicem fulciri et subveniri, ut cum una species de sua ra-
» tione minus aliquid habet, et ab altera succurri potest, non
» fieri vetetur. Verbi gratia. Scriptura suspecta vel testes pau-
» ciores numero iusto, iuramento, et indicio manifesto, possunt
» succurri. Iuramenta suspecta, vel testes, a divino iudicio, pos-
» sunt fulciri. Sic omnes ad alterutrum suppleant, quod cuilibet
» fuerit minus. Melius est enim ut his et huiusmodi subtili-
» tatibus, veritas perquiratur, quam occasione alicuius legis, fal-
» sitas vincat et iniquitas evadat inulta, veritate pro neglecto
» remanente prostrata. Cum enim rationabiles leges tam secu-
» lares quam æcclesiasticæ ex ratione fuerint invente, merito
» debent cum ratione temperari ac provide semper tractari (2).

La prima lettera fu pubblicata per la prima volta da Dümmler con tre altre, attribuite pure a Giovanni VIII e conservate solo nel codice nostro. Il Dümmler non dubita della sua

(1) Codice cit. fol. 56-57. DÜMMLER, *Gesta Berengarii imperatoris*, 1871, p. 156. IAFFÈ, 3025. PELUGK-HARTUNG, II, 36.

(2) Codice cit. fol. 58. PELUGK-HARTUNG, *Acta*, II, 35, (Ofr. *Iter.*, 179). IAFFÈ, 29

autenticità, anzi afferma verissimo il fatto della prova imposta da Adriano a Lotario, e di cui fa menzione la lettera (1).

A noi l'autenticità della lettera nel suo insieme non importa punto, e possiamo facilmente ammetterla: la questione cambia però aspetto quando veniamo ad esaminare l'inciso, *sive divino examine ut moris populi est*; che solo ha importanza per noi, e che già *a priori* sarebbe sospetto, per la nota tendenza dell'autore della collezione. Esaminando questo punto osserviamo subito una lacuna; infatti dopo *si persona talis est* doveva senza dubbio trovarsi una proposizione, che indicasse quali persone si purgano col giuramento, forse *quæ credi possit, de qua securus sis*, o meglio *quam fidelem esse sciatis* e via dicendo (2). Questa lacuna ci fa sospettare, che il falsificatore abbia poco abilmente soppresso un inciso, sostituendone un altro: cosicchè il passo avrebbe potuto essere originariamente questo: «....faciat idoneam suam confessionem solo iureiurando, si persona talis est, quam sciatis esse fidelem, aut etiam corpore et sanguine Christi probetur...».

Si noti del resto, che, accettando l'inciso *sive divino examine*, si farebbe approvare dal papa l'ordalia anche nei giudizi ecclesiastici, ciò che sarebbe molto strano.

Quanto alla seconda lettera, il vedervi il papa far una vera lezione di diritto all'imperatore, senza alcun accenno ad un fatto

(1) Cfr. DÜMMER, op. cit., p. 73-74 e EWALD in *N. A.* v, 325. Si noti però che il fatto di Adriano e Lotario era conosciuto all'autore della collezione anche da una cronaca di cui da estratti al foglio 68 e seq. (*Omnia quæ sequuntur de cronica sunt excerpta*). Si legge infatti a fogl. 68 v. « Porro adrianus papa sub contestatione corporis et sanguinis Christi, interrogavit hlotharium regem » quomodo observasset prohibitionem nicholai decessoris sui quam sibi fecerat » ex adulterio quod commisit cum gwaldrada super thiebirga uxore sua, ipse » vero temerario ausu simul cum suis consentaneis, absque retractione, veritatem celando, ipsum sacramentum susceperunt.... Unde factum est ut eo » anno, rex et sequaces, qui cum eo pro suo testimonio communicaverunt, » omnes obirent. Perpauci vero qui veritatem noverant et non iudicaverunt, » sed tamen non communicaverunt, vix mortis periculum evaserunt ». Questo passo è tolto da Regino (*M. G. H. SS.*, I, 580). Cfr. *N. A.* III, 341.

(2) Si potrebbe però anche salvare il senso leggendo *fidelis* in luogo di *talis*. Quanto al supplemento da me proposto, cfr. *Conc. Tribur.*, c. 22 (in Regino, II, 303), *si eum fidelem esse sciunt, iuramento se expurget*.

che giustifichi il suo intervento, il trovare che egli ammette l'uso del giudizio di Dio per rafforzare i giuramenti sospetti, contro altri papi che considerano il giuramento come *finis omnis controversiæ*, secondo la dottrina di S. Paolo, l'esempio di tante altre audaci falsificazioni non ci permettono di prestarvi fede.

10. — Ma passiamo infine ad esaminare i documenti autentici, cominciando da Nicolò I, che tutti citano come deciso avversario dei giudizi di Dio.

Troviamo in primo luogo, nei *Responsa ad consulla Bulgarorum* (1), proclamato il principio che la confessione deve essere spontanea e *voluntarie proferenda*, ma non vi si tratta dell'ordalia, bensì della tortura, combattuta dal papa con ottime ragioni. In fine però egli prescrive: « *cum liber homo crimine* » fuerit appetitus, *nisi iam pridem repertus est alicuius sceleris reus*, aut tribus testibus convinctus pœnæ succumbit, » aut si convinci non potuerit, ad evangelium sacrum, quod sibi » obicitur, minime commisisse iurans absolvitur, et deinceps » huic negotio finem imponitur, quemadmodum crebro dictus » apostolus doctor gentium attestatur: Omnes, inquit, contro- » versiæ eorum finis ad confirmationem est iuramentum ».

Il papa adunque pone due restrizioni all'uso del giuramento, a cui, pare, non è ammesso lo schiavo, e chi *jam pridem repertus est alicuius sceleris reus*. È esattamente la teoria dei sinodi germanici del IX secolo; questi però prescrivono l'ordalia per i due casi ora indicati, il papa non ne fa menzione; cionondimeno mi pare improbabile che egli non pensasse ad essa, perchè altro mezzo non rimaneva dopo la recisa condanna della tortura, di cui, dice il papa, i Bulgari debbono arrossire, che essi debbono detestare. Ma, ammettesse o non le ordalie, perchè il papa non le ricorda, mentre non ignorava certo le disposizioni dei sinodi germanici?

A mio avviso, da questo ed altri passi delle lettere di Nicolò I, un fatto risulta evidente: egli evita di parlare delle ordalie, che non osa condannare, e tanto meno prescrivere.

(1) N° LXXXVI. (MANSI, XV, c. 428-429). IAFFÈ, II, 2812 (anno 866).

Solo contro il duello egli si pronuncia, però non recisamente, ma sotto forma dubitativa, e senza raggiungere l'efficacia di Liutprando, di Agobardo e del Sinodo di Valenza dell'855.

Occasione a parlare delle ordalie sarebbe stata la questione del divorzio di Lotario e Theutberga, nella quale del resto il papa ha una parte così nobile. Come è noto, Lotario, per amore di Valdrada, desiderava sciolto il matrimonio precedentemente contratto con Theutberga, e perciò l'accusava di aver commesso adulterio col fratello.

Nell'anno 856, uno schiavo aveva dimostrata l'innocenza della regina colla prova dell'acqua bollente, ed il re era stato costretto a riprenderla come legittima moglie. Però nell'860, in un sinodo, di cui già abbiamo fatto cenno, aveva fatto dichiarare che la prova non era riuscita veritiera, ed estorta violentemente la confessione di Theutberga, aveva ottenuto il divorzio. La regina appellò al Pontefice e la questione si dibattè vivamente per molti anni sotto Nicolò I ed Adriano suo successore, fino alla morte di Lotario, avvenuta poco dopo prestato il giuramento di cui abbiamo parlato. Nicolò I difese sempre con calore le ragioni di Theutberga, e sostenne la validità del primo giudizio, in cui si era usata l'ordalia, senza però mai nominarla: egli scrive infatti a Theutberga: (1)

« Siquidem tu, quantum humanus intellectus sufficit innere.... innoxia sæpe comprobata es.... »:

ed a Carlo il Calvo: (2)

« De retroacta controversia Theutbergæ non debet ulterius »
 » ad iteratam responsionem provocari, *quoniam quod bene semel*
 » *diffinitum est*, et interpositis iuramentis deliberatum, nulla
 » debet iteratione, nisi fortasse ubi fuerit maior auctoritas, re-
 » tractari »:

(1) Epist. 48 (a. 867) in MANSI, xv, c. 314. LAFFÈ, 2870.

(2) Epist. 50 (a. 867) in MANSI, xv, c. 319. LAFFÈ, 2872. Gli *interposita iuramenta* di cui si parla, si riferiscono probabilmente ad un giuramento prestato da Lotario per accettare il primo giudizio, e su cui il papa ritorna spesso: così epist. 58 (in MANSI, xv, 340, 341), *post præstita sacramenta.... iuxta tenorem præstiti sacramenti,secundum datorum tenorem iuramentorum etc.*

e dei vescovi Theutgualdo e Gunthario, principali fautori del re e da lui scomunicati: (1)

« Qualiter primum quidem Theutbergam per electum ab illis » *iudicium purgatam*, denuo impetere contra divinam et humanam legem minime formidaverint ».

Ora, mentre lo scritto di Hincmaro « *De divortio Lotharii et Theutbergæ* » dà tanta importanza all'ordalia, la discute e ribatte le obiezioni degli avversari, la riserva del Pontefice non può essere che voluta, e dimostra quanto sopra abbiamo affermato.

Una nuova prova la si ha nella condanna del duello.

Lotario, richiamando in giudizio la causa della moglie già decisa, pretendeva provare in linea principale che Theutberga non era moglie legittima, in linea sussidiaria che essa si era resa colpevole d'adulterio, ricorrendo per questa accusa al duello per mezzo di campioni. Il papa trova enormi le pretese di Lotario (2), perchè 1° già si era giudicata la questione altre volte; 2° Theutberga e Lotario avevano ricorso al Pontefice, e non è permesso appellare a *iudicibus, quos communis consensus elegerit*, e ciò specialmente trattandosi della S. Sede, di cui non v'è autorità maggiore: d'altra parte *quia ecclesiæ refugium querens, et ecclesiasticum iudicium semper expetens, sæculari non debet submitti iudicio*: 3° Lotario non può elevare l'accusa d'adulterio, se prima non ha riconosciuta Theutberga come sua legittima moglie.

Le ragioni del papa, che in alcuni punti si risentono dell'influenza delle false decretali, che egli da poco conosceva (3), sono in parte buone, in parte molto discutibili, come quando pretende che basti al reo domandare il giudizio ecclesiastico, per essere senz'altro sottratto alla giurisdizione civile, e parimenti nell'ultimo punto, in cui, prescindendo ora dal caso concreto, non si sa perchè il marito avrebbe dovuto rinunciare *a priori* all'accusa di adulterio, per provare la nullità del matrimonio o

(1) Epist. 58 ad episc. in regno Ludovici constitutos, (Mansi, xv, col. 337. LAFFÈ, 2886).

(2) Epist. citata a Carlo il Calvo. Mansi, xv, 318 seq.

(3) Sull'epoca in cui il papa conobbe le false decretali cfr. RUFFINI, *L'actio spoliæ*, pag. 213 seq.

viceversa. Ciò del resto poco importa a noi che dobbiamo notare le ragioni del papa, solo perchè esse sono indispensabili a spiegare quanto subito dopo dice sul duello. Fermandosi all'accusa di adulterio, il papa afferma che la regina aveva offerto di purgarsene davanti al legato pontificio, e Lotario si era opposto (*sed de hoc illa coram missi nostri præsentia purgare se voluit, sed ipse non annuit*), e continua poi:

« Monomachiam vero in legem assumi, nusquam præceptum »
 » fuisse reperimus: quam licet quosdam iniisse legerimus, sicut
 » sanctum David et Goliath sacra prodit historia: nusquam ta-
 » men ut pro lege teneatur, alicubi *divina sancit auctoritas* (1),
 » cum hoc et huiusmodi sectantes Deum solummodo tentare vi-
 » deantur ».

Il papa adunque oppone qui alla *purgatio* offerta dalla regina e rifiutata il duello preteso da Lotario, - e senza condannarlo assolutamente, anzi citando l'esempio di Davide e Golia, sostiene però che *nessuna autorità divina* lo prescrive, ed accenna in forma dubitativa al pensiero, che fu poi la principale arma teologica contro i giudizi di Dio, dicendo che ricorrere al duello e alle pratiche affini (*hoc et huiusmodi*) sembra un voler tentare Iddio. Con ciò egli intendeva certo provare che Lotario non poteva esigere il duello, rifiutando la *purgatio* dell'accusata. In quale modo questa intendesse purgarsi non è detto, ma è però molto probabile che offrisse un nuovo giudizio di Dio, mezzo consueto nelle accuse d'adulterio, come lo provano numerose leggende in parte già citate, e posteriormente alcune lettere d'Ivone, di cui parleremo. Si può anche pensare ad una prova dell'eucaristia, che come si è detto, ha molta affinità colle ordalie. Certo difficilmente si trattava del semplice giuramento, che per le donne di regola era prestato dai parenti, che qui non compaiono affatto. Ma se realmente la regina offriva una ordalia, che significa l'*hoc et huiusmodi sectantens* della lettera di Nicolò I? Gli antichi compilatori, cominciando da Regine, quasi contemporaneo, non vi badarono, e riferirono la

(1) Cfr. AGOBARDO, *de div. sententiis* (Op. ed. Balutius 1666, I, 302): « cum autem nihil tale *lex divina*, vel etiam *humana sanxerit*... ».

lettera al solo duello: a noi il pensiero corre subito agli altri giudizi di Dio, che non v'era infatti motivo di separare dal duello, in quanto in essi si tentasse la divinità. Anche qui insomma si deve notare la riserva del pontefice, che accenna e congettura e non giudica.

Dobbiamo ora proporci una questione anche più importante: la condanna del duello, o meglio i dubbi elevati contro di esso dal papa, debbono porsi in correlazione colla premessa, che la causa deve essere giudicata dal tribunale ecclesiastico, o sono invece comuni anche ai tribunali laici, in cui era così frequente l'uso del duello? In altre parole, il duello è riprovato solo nelle cause ecclesiastiche o in tutte? Reginone accolse la prima interpretazione, e così pure Ivone (1): in appoggio ad essa si può osservare che il papa essenzialmente afferma che il duello non si trova prescritto dall'*autorità divina*, ragione questa che non avrebbe valore nel campo del diritto secolare, e che poco dopo chiaramente afferma che la causa doveva essere decisa *secondo i canoni e le venerande leggi romane*. D'altra parte però, ammettendo che nel duello si tenti Dio, la sua proibizione non potrebbe essere ristretta ai giudizi ecclesiastici. È bensì vero che Ivone approva l'uso del duello e delle ordalie come ultimo mezzo, pur riconoscendo che con esse si tenta Dio, basandosi sopra un passo di S. Agostino da lui citato, in cui si proibisce di tentare Iddio *quandiu habet homo quid faciat*, e per conseguenza lo si permette in caso di necessità (2), ma le espressioni usate da Nicolò I mal si prestano a questa restrizione. Non

(1) Reginone infatti riporta il passo *Monomachiam etc.*, colla rubrica: *De pugna duorum, quod nostri campum appellant, quod pro imputato adulterio solet exerceri* » (Op. cit., II, 77-78), ed inoltre riporta anche passi dei capitolari franchi, in cui è prescritto il duello. Ivone (ep. 74, op. II, 37) citando il passo *Monomachiam etc.*, afferma *monomachiam enim.... nec consuetudo Ecclesiastica in discutiendis causis ecclesiasticis recipit, nec canonica auctoritas insituit*. BURCARDO (IX, 51) pare non voglia considerare la proibizione come generale, ma scrive: *De singulari certamine, quod lotharius molitus est contra thietbirgam uxorem suam*.

(2) IV., ep. 183 (Op. II, 76). Cfr. ep. 205 (ib. p. 87). Il passo di S. Agostino è il seguente: *Quandiu habet homo quid faciat, non debet tentare Deum suum*.

possiamo quindi esimerci dall'ammettere che il papa era certo poco favorevole al giudizio di Dio, ma non osò apertamente condannarlo.

Egli non domanda infatti l'abolizione del duello, come Agobardo, non afferma che da esso nasca rovina all'anima e al corpo, come il Sinodo di Valenza dell'855, non osserva come Liutprandro e molto più tardi Ivone (1), che col giudizio di Dio molti innocenti sono condannati, non nomina nemmeno le ordaie, tituba, esprime dubbi, giustificando così l'interpretazione di Reginone e degli scrittori posteriori, che trovando da un canto le disposizioni precise dei sinodi, e delle leggi secolari favorevoli al giudizio di Dio, dall'altro incertezze e reticenze, non potevano attribuire molto valore alla lettera pontificia, di natura privata, ed in cui del duello si tratta per incidente.

Ciò sarebbe anche più giustificato se si potesse accogliere l'opinione recentemente espressa da Ruffini (2), il quale crede che nella stessa lettera a Carlo il Calvo, il papa, prevedendo che la regina potesse essere costretta al duello, nonostante le sue proteste, raccomandò che almeno si provveda a che il giudizio avvenga in modo tale da assicurarle la libertà necessaria per scegliersi un campione. Il passo della lettera, cui si allude, è il seguente:

« Præterea sive de coniugii fœdere, sive de adulterii crimine
 » iudicium sit agendum, nulla ratio patitur Theutbergam cum
 » Lothario posse legalem inire conflictum, vel *legitimum con-*
 » *troversia subire certamen* (3), nisi prius ad tempus fuerit suæ
 » potestati reddita et consanguineis propriis libere sociata. Inter
 » quos etiam locus providendus est, in quo nulla sit vis multi-
 » tudinis formidanda et non sit *difficile testes producere, vel*
 » *ceteras personas, quæ tam a sanctis canonibus, quam a*

(1) Iv., ep. 205, cit. Di Ivone diremo a suo luogo.

(2) RUFFINI, *Actio spoli*, p. 223, n. 1°.

(3) È certo fondandosi su questo punto che BRANTOME, e dopo di lui SAINT FOIX e RANZA, *Delle antich. della Chiesa maggiore di Santa Maria di Vercelli*, diss. sopra il mosaico d'una monomachia. Torino, 1784, p. 16, n. 21, affermano che Nicolò I riguardò il duello come un combattimento legittimo, e un conflitto autorizzato dalla legge.

» *venerandis Romanis legibus, in huiusmodi controversiis re-
» quiruntur* ».

Il *legitimum controversiæ certamen* si riferisce forse al *de adulterii crimine* ed è usato ad indicare il duello, come sospetta il Ruffini? O non è per avventura una specie di allitterazione, con cui si esprime quanto prima è detto con *legalem inire conflictum*? In favore dell'opinione di Ruffini si può forse notare il verbo *subire*, che non è insolito per denotare la purgazione dell'accusato, e che invece solo impropriamente può riferirsi al *iudicium de coniugii fœdere*. Ma d'altra parte non si può ravvisare i campioni in quelle *persone*, quæ tam a sanctis canonibus quam a venerandis Romanis legibus (1) in huiusmodi controversiis requiruntur, che anzi pare che con queste ultime parole il papa insista nell'esigere un giudizio ecclesiastico.

11. — Pochi anni dopo Nicolò I, si occupava delle ordalie Stefano V rispondendo alle domande di Liutberto, arcivescovo di Magonza (2). In un canone trovato da Theiner nella collezione del codice palatino 584, e da lui pubblicato ed attribuito al concilio di Worms dell'anno 868, si prescrive la prova del ferro infuocato per un gran numero di peccati, fra cui anche la *infantium oppressione* (3). La prescrizione si riferisce naturalmente ai tribunali sinodali: ora Liutberto scriveva al papa: « *de infantibus qui in uno lecto cum parentibus dormientes mortui reperiuntur, utrum ferro candente an aqua ferventi seu alio quolibet examine parentes se purificare debeant eos non oppressisse* ».

(1) Sulle tracce di diritto Romano nelle lettere di Nicolò I, cfr. CONRAT, Op. cit., p. 16 e seq.: sul passo qui citato p. 17, n. 3. Lo stesso autore congettura che il papa potesse aver inviato ai Bulgari le leggi longobarde ed i capitoli italiani, ciò che si desumerebbe da un passo dei già citati *Responsa ad consulta Bulgarorum*, c. 13 (riportato da CONRAT, p. 17, n. 8) in cui si parla di *libros de mundana lege*. Questa congettura è però troppo incerta, perchè si possa trarne quelle conseguenze, che ci si presenterebbero spontanee, tenendo conto dell'uso larghissimo del duello nel diritto franco-longobardo.

(2) LAFFÈ, *Monum. Moguntina*, p. 335, ep. 13. (*Bibl. rer. germ.*, t. II) sotto il nome di Stefano VI. LAFFÈ, *Regesta*, 3443.

(3) THEINER, *Disquisitiones*, pag. 323, cfr. p. 313, n. 10.

La risposta del papa si conserva solo frammentariamente nelle lettere e nel Decreto di Ivone, e da quest'ultimo passò poi nelle compilazioni posteriori e, fra le altre, in Graziano (1).

Stefano V ripete quanto aveva già osservato Nicolò I per il duello, riferendolo invece alla prova dell'acqua bollente e del ferro infuocato, e ricorda l'antico precetto per cui si richiede la spontanea confessione del reo (alla quale in modo veramente strano aggiunge la deposizione testimoniale), ma la sua condanna delle ordalie si riferisce esclusivamente ai tribunali ecclesiastici (*regimini nostro*). Eccone del resto le parole:

« Nam ferri candentis vel aquæ ferventis examine confessio-
» nem extorqueri (2) a quolibet sacri non censent canonis, et
» quod sanctorum patrum documento sancitum non est, super-
» stitiosa adinventione non est præsumendum. Spontanea enim
» confessione, vel testium approbatione publicata delicta....,
» commissæ sunt regimini nostro iudicare, occulta vero et inco-
» gnita illius sunt iudicio relinquenda, qui solus novit corda fi-
» liorum hominum ».

Questa lettera di Stefano V, che altri attribuiscono a Stefano VI, non fu utilizzata, credo, da nessun scrittore prima di Ivone, il quale rettamente la applicò solo ai giudizi ecclesiastici (3).

Dopo Stefano V le decretali pontificie, salvo errore, tacciono sui giudizi di Dio per quasi due secoli, e questo silenzio dei papi dimostra abbastanza che essi non intendevano punto opporsi all'ordalie e neanche al duello, che nel frattempo era così frequentemente usato anche nelle cause ecclesiastiche.

Si possono anche accennare alcuni fatti che confermano l'ipotesi esposta, e dimostrano come i papi non fossero punto ritenuti avversari neppure al duello. Così ad esempio, verso l'anno 963, Ottone mandò a papa Giovanni inviati ecclesiastici e seco-

(1) IVONIS, ep. 74, 205, *Decretum*, x, 27. *Collectio trium partium*, I, 64, 4. III, 20, 9. GRATIANI, C. II, q. 5, c. 20.

(2) Erroneamente l'Hildenbrand asserisce che il papa considera l'ordalia come una specie di tortura, fraintendendo la parola *extorqueri*, da noi già trovata nella lettera apocrica di Alessandro I. Le parole *superstitiosa adinventione*, si riferiscono all'*extorqueri*, non all'ordalia in sé.

(3) Cfr. la già citata lettera 74.

lari, offrendo di provare la propria innocenza col giuramento ed il duello (1). Così, anche in Italia, molti ecclesiastici e molte chiese professavano la legge longobarda (2), e del resto anche coloro che professassero leggi romane erano obbligati al duello, in quei casi in cui esso era prescritto dalle leggi imperiali (3).

Contro quest'obbligo imposto agli ecclesiastici scrisse, come diremo, Attone vescovo di Vercelli, non i papi. Chè anzi nel famoso Placito, tenuto nella basilica di S. Pietro in Roma nell'anno 998, alla presenza di Gregorio V e Ottone III, in una causa vertente fra Ugone abate di Farfa ed i preti di S. Eustachio in Roma, nonostante le pretese del giudice Romano, l'abate ottiene che la causa sia giudicata secondo le leggi longobarde e conseguentemente si propone e si accoglie il duello. Per provare che il suo monastero visse sempre sotto la legge longobarda, l'abate presenta documenti di Lotario, confermati da papa Pasquale (817-824) ed il suo *advocatus* si dichiara pronto a sostenerne l'autenticità *per pugnam et per testimonia*. Quindi dopo varie peripezie, che non importa ricordare, propone che se si vuole « *ut dent presbyteri testimonia, qui probent quod* » pensionem accepisset ipsa ecclesia a iamdicto monasterio, da-

(1) *M. G. H. SS.*, III, 341. HEFELÉ, IV, 610.

(2) La questione della professione di legge non fu forse ancora tanto studiata, quanto lo meriterebbe l'argomento importantissimo. La ricerca dovrebbe essere condotta non solo per la più grande estensione di territorio possibile, ma anche distinguendo fra i vari luoghi. Osservo infatti, che mentre ad es. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, II, 601, n. 17 e con lui SALVIOLI (*Nuovi studi sulle professioni di leggi nelle carte medievali italiane. Atti delle RR. Deputaz. di storia patria per le prov. Modenesi e Parmensi* (1884), serie III, vol. II, p. 397), vengono alla conclusione che in Italia le professioni di legge longobarda fossero in maggioranza, Vesme e Fossati e poi Cipolla in un suo importante lavoro (Di Audace vescovo di Asti in *Miscellanea di storia italiana*, XXVII, Torino 1889, p. 281 seq.), trovarono invece nelle carte astesi una forte maggioranza di professioni di legge romana. Ad ogni modo per noi basta ora prendere atto della dichiarazione di Salvioli (l. c., p. 397), « che la maggioranza delle professioni di legge... pei chierici non è di legge romana, ma germanica, e specialmente longobarda; e ciò pei secoli X, XI e XII ».

(3) Cfr. sopra pag. 302 sgg.

» bit et domnus abbas testimonia ex sua parte et per pugnam discernatur. Tunc omnibus placuit.

I preti presentano allora tre testimoni, ma le loro deposizioni non concordano (1), e si deferisce quindi il giuramento all'abate. Però gli stessi giudici romani proclamano « non debere longobardum iurare sine hastis », e la causa finisce perchè i preti si rifiutano di prestare il giuramento loro richiesto.

Qui, se il duello non avvenne, non fu certo per opposizione del papa. Quando poi questi nell'anno successivo non volle permettere all'abate di Farfa di impugnare col duello un documento, gli stessi monaci ricorsero all'imperatore accusando il pontefice di essersi lasciato corrompere per denaro (2). Tanto erano lontani dal ritenere proibito il duello, anche in cause ecclesiastiche.

Altrove (3) ricordai già come, a quanto pare, il papa non fosse estraneo alla pubblicazione dell'editto degli Ottoni, in cui si favoriva in ogni modo il duello: certo non vi si oppose.

Da questi fatti e da altri, che senza dubbio potrebbero raccogliersi, mi pare abbastanza provata la mia tesi.

12. — Verso la fine dell'XI secolo, troviamo di nuovo ricordate le ordalie in una decretale di Alessandro II (1061-1073) (4), ma anche qui la proibizione non può che riferirsi ai tribunali ecclesiastici. Un prete era sospettato autore della morte del suo vescovo. Il successore di quest'ultimo ne scrive al papa, il quale risponde « circa omnium adstantium fratrum assensu una-

(1) A questo proposito meritano d'essere ricordate le raccomandazioni fatte dal giudice sulla deposizione dei testimoni: « Separate eos ad invicem et interrogate ut non audiat unus de altero quid loquatur. Et si dixerunt uno ore » veritatem, recipiantur; si autem aliter locuti fuerint, et unam sententiam » non dederint, fallaces erunt per omnia, et non sunt recipiendi, neque ad pugnam debent venire etc. ». Il Placito è pubblicato in *Arch. Stor. italiano*, serie III, vol. XIII (1871), p. 19, negli *Annali di Mabillon* e in *MURATORI, SS.*, II, p. II, p. 505. Cfr. anche SALVIOLI, op. cit., p. 403.

(2) V. l'interessante Placito in *MURATORI, SS.*, II, 2, 499 seq., n. 7.

(3) Cfr. sopra pag. 288, n. 3.

(4) In *MANSI, XIX*, c. 983-84. *LAFFRÈ*, 4505. Anche questa lettera è conservata da *LYONS* (ep. 74. *Decr.*, x, 15. *Pann.*, v, 7), il quale la riferisce esclusivamente ai giudizi ecclesiastici. *BRACE, Gesta Christi*, p. 175, attribuisce per errore la lettera ad Alessandro III.

nimi », che se nessuno si fa accusatore, il prete debba essere restituito *in integrum sine omni controversia*, lasciando però all'arbitrio del vescovo di richiedere il giuramento del sospetto assistito da due suoi compagni. Continua poi il papa, rispondendo probabilmente ad una domanda mossagli:

« Vulgarem denique legem a nulla canonica sanctione fultam, »
 » ferventis scilicet, sive frigidæ aquæ, ignitique ferri contactum,
 » aut cuiuslibet popularis inventionis (quia fabricante hæc sunt
 » omnino ficta invidia) nec ipsum (cioè il prete sospetto) exhibere,
 » nec aliquo modo te volumus postulare, immo apostolica
 » auctoritate prohibemus firmissime ».

Il papa adunque ripete semplicemente l'osservazione dei suoi predecessori col *nulla canonica sanctione fulta*: il *popularis inventionis*, usato qui in senso affatto diverso dal *superstitiosa adinventione* di Stefano V, è la conseguenza necessaria della premessa, e il « *quia fabricante hæc sunt omnino ficta invidia* », ne è l'illustrazione, o meglio la ripetizione. Sospetto infatti che *invidia* non debba prendersi nel senso abituale, che sarebbe qui fuor di luogo, ma piuttosto per avventura in quello di *arbitrio*, come in un esempio riferito da Du Cange (1).

Insomma il papa proibisce al vescovo di servirsi di prove, che non sono prescritte dai canoni, ma intieramente inventate dall'arbitrio popolare, e le sue parole si potrebbero parafrasare con quelle usate in senso alquanto diverso da Ivone, il quale afferma che si ricorre alle ordalie « non quod lex hoc constituerit divina, sed quod exigit incredulitas humana » (ep. 252).

Si noti del resto, che nel caso in questione il giudizio di Dio non sarebbe ammesso neanche secondo le leggi laiche, mancando l'accusatore.

Che poi il papa non fosse punto contrario al giudizio di Dio, lo dimostra (1068) un documento, in cui nella sua qualità di vescovo di Lucca (è noto che egli continuò a reggere questa diocesi fino alla sua morte), si elegge un *advocatus*, ut deinde in antea haberet potestatem.... res.... episcopatus *per bellum et*

(1) *Glossarium. sub v.º invidia*, cfr. *franc. envie*. Altri prima aveva già dette le ordalie *adinventiones humani arbitrii*. V. in seguito pag. 377 n. 1.

omnibus modis requirendi et excutiendi (1). Ecco quindi il duello usato anche quando una parte sia ecclesiastica.

Abbiamo detto come nel XII secolo, Calisto II imponesse le ordalie nel Concilio di Reims: nello stesso secolo anche Alessandro III (1159-1181) scrivendo a Riccardo, arcivescovo Cantuariense (2), le approva indirettamente, poichè proibisce al clero di pretendere tasse per benedire il ferro e l'acqua per il giudizio di Dio (3), come di esigere pene pecuniarie *pro excessibus et criminibus puniendis* e via dicendo. Non può quindi che recarci meraviglia il vedere come lo stesso papa, scrivendo all'arcivescovo di Upsala (4) ed ai suoi suffraganei, indichi le ordalie col nome di «*prohibitum et execrabile iudicium*», benchè veramente egli non ne invochi l'abolizione nei tribunali laici, ma si limiti a condannare l'uso di costringere gli ecclesiastici e perfino i vescovi a sottoporvisi:

« Accedit ad hæc quod clerici.... laicorum iudicia subire, et »
 » secundum ipsorum instituta sive leges agere vel defendere se »
 » cogantur. Nec solum inferioris ordinis clerici talibus iniuriis »
 » fatigantur: verum etiam vos ipsi.... vel ad igniti ferri examen »
 » vel ad aliquod æque prohibitum et execrabile iudicium provo- »
 » camini: nulla canonibus, qui id prohibent, seu pontificali di- »
 » gnitati exhibita reverentia vel honore....

» Ad hoc ne clerici ad sæcularia iudicia pertrahantur et Ro- »
 » manorum imperatorum leges prohibent,et sanctorum patrum »
 » ac prædecessorum nostrorum autoritas interdicat », (qui si citano due lettere apocrife di Gelasio ed Alessandro I).

« Ferventis vero aquæ vel candentis ferri iudicium, sive duel- »
 » lum, quod monomachia dicitur, *catholica ecclesia contra*

(1) *Mem. e docum.* per servire all'istoria del principato Lucchese, 1813, 4, 6, 143, in FICKER, *Forsch.*, II, 21.

(2) MANSI, XXII, 274. LAFFÈ, 14315.

(3) *Accepimus... quod archidiaconi Conventrensis episcopatus... in examinatione ignis et aquæ triginta denarios a viro et muliere quærere præsumunt....* Quest'ultimo punto fu soppresso nelle decretali di Gregorio IX (v. 37, 3). (Le edizioni di Richter e Friedberg lo aggiungono di nuovo, ma fra asterisco).

(4) LABBE, XIII, col. 128 seq.

» *quemlibet etiam, nedum contra episcopum non admittit*». (E qui riporta le due lettere di Stefano V e Nicolò I).

Riguardo al duello degli ecclesiastici, Alessandro III definisce che l'ecclesiastico che abbia combattuto in duello, sia egli stato provocatore o provocato, *de rigore iuris est merito deponendus*: se però non seguitò omicidio o mutilazione, potrà il vescovo nella sua misericordia concedergli la dispensa (1).

Da quanto abbiamo fin qui detto parrebbe che Alessandro III riguardo alle ordalie ed al duello non abbia sempre avute le stesse opinioni; ad ogni modo si può dire che egli si limiti a condannarne recisamente l'uso per parte degli ecclesiastici.

Nello stesso ordine d'idee resta Lucio III (1181-1185), il quale osservando che i sacri canoni proibiscono i *iudicia peregrina*, scrive a proposito di un prete sospettato d'omicidio, e che si era purgato coll'ordalia dell'acqua fredda, che questa purgazione non basta, ma è necessaria la *purgatio canonica*. Anche qui condanna delle ordalie non c'è.

(1) *Decret. Greg. IX. De cler. pugn. in duello*, v, 14, 1, e in parecchie altre compilazioni anteriori. In altra lettera lo stesso papa decide che possa continuare nel suo ministero un prete che aveva provocato a duello ed aveva perduto parte di un dito. *Decret. Greg. IX*, i, 20, 1. Prima di essere assunto al pontificato, Alessandro III aveva scritta una *Summa* recentemente pubblicata (*Summa Magistri Rolandi*, ed. F. THANER, 1874). In essa (C. xxiii, q. ii e viii, pag. 88 seq.) ricercandosi quale sia il *iustum bellum* pare si accolga anche il duello, detto frequentemente *bellum*, come è noto. Si permette infatti di combattere *cum a principe innocentibus bellum indicitur, quos falsitas testium inimicos probavit iustitiæ*; si proibisce agli ecclesiastici regolari o *constituti in sacris ordinibus* di combattere *per se vel per alium*, lo si permette invece agli altri *mandante principe, vel ordinario iudice*. Con questa *Causa* della *Summa* di Alessandro III hanno qualche analogia molti altri scritti, ad es. il tit. *Quid sit iustum bellum*, della *Summa feudorum* dell'HOSTIENSE, da me consultata nel Ms. di Parma HH. I. n. 1227 (foglio 67 e 68). La *Summa* vi occupa i fogli 64-70 col titolo: *Incipit Summa feudorum secundum dominum henricum archiep. embredunensem*. L'esistenza di un lavoro speciale dell'Hostiense sui feudi è negata da SCHULTE, *Gesch. der Quellen*, II, 128, tratto in errore dall'affermazione di Savigny e Briegleb, che lo scritto sui feudi sia quello che si trova nelle edizioni della *Summa Aurea* dello stesso HOSTIENSE, II, 19. Quantunque io non abbia ora presente il manoscritto Parmense (in cui la *Summa de feudis* incomincia colle parole: *Breviter de feudis*) posso affermare che ciò non è

Di Celestino III troviamo invece una condanna del duello, motivata dalla domanda di un vescovo che non sapeva *utrum super ecclesiarum possessionibus duella debeant sustineri*. Risponde il papa che non li deve tollerare nè in questo caso nè in altri: « tuæ duximus sollicitudini respondendum, quod » in eo casu, vel in aliis etiam hoc non debes aliquatenus tolerare (1) ».

In altra lettera il papa risponde che l'ecclesiastico diventa irregolare anche quando, senza combattere egli in persona, abbia posto per sè un campione: però in questo caso il vescovo può accordare la dispensa, benchè vi sia stato omicidio (2).

Il grande Innocenzo III tollera in qualche modo il duello, mostrandosi molto indulgente per un canonico, che era stato *unus de iudicantibus quoddam duellum*. Egli era stato eletto priore del suo capitolo, ma il competitore pretendeva ne fosse annullata l'elezione perchè aveva preso parte ad un giudizio di sangue, contro le prescrizioni canoniche. Il papa scrive al ca-

esatto. Basti osservare che della questione *quid sit iustum bellum*, l'Hostiense non si occupa punto nella sua *Summa aurea*, III, 19, ma nel titolo *de tregua et pace* (1, 35). Quindi o l'Hostiense (od altri) servendosi in massima parte della *Summa aurea*, compose un breve scritto sui feudi, o un tale scritto fu usufruito nella redazione della *Summa*.

(1) *Decret. Greg. IX*, v, 35, 1. La stessa lettera si trova attribuita a Clemente III nella collezione Lucense, edita da Mansi in appendice alla *Miscellanea* di Baluzio, III, 385. Oltre ad altre varianti, il testo Lucense finisce così: *quod quia in eo casu nec etiam in aliis monomachias debes aliquatenus tolerare, quum eas sacri repellant canones, et a Christi debeant fidelibus, quantum in te fuerit, omnino extirpari*. Quest'aggiunta (probabilmente posteriore, poichè in caso contrario non sarebbe certo stata omessa da Raimondo di Pennaforte), trasse in uno strano errore Morpurgo, il quale del resto apprezzò giustamente la pretesa opposizione dei papi al duello ed al giudizio di Dio (p. 201, n. 1^a): egli riportando questa supposta lettera di Clemente III, afferma di non averla mai vista citata, e la contrappone a quella di Celestino III, senza accorgersi che si tratta di una sola ed identica lettera.

(2) *Decret. Greg. IX*, v, 14, 2. Anche qui alcuni manoscritti leggono Clemente invece di Celestino. Inoltre nella *Chronica minor auctore minorita erphordiensi* (2^a metà del XIII sec. *M. G. H.*, XXIV, 194) trovo detto di Clemente III: *Constituit etiam ut clerici non pugnent in duello, nec pro se pugiles introducant*. Cfr. anche *Flores temporum* (ibid. p. 247).

nonico in questione che non tanto per la colpa da lui commessa, quanto per l'esempio, aveva ritenuto di dover annullare l'elezione. Però, considerando specialmente che i duelli per cattiva consuetudine si usavano anche dall'alto clero, gli accorda la dispensa per poter essere eletto a qualsiasi dignità:

« Verum quoniam huiusmodi duellorum iudicia iuxta pravam »
 » quarundam consuetudinem regionum non solum a laicis seu »
 » clericis in minoribus ordinibus constitutis, sed etiam a maioribus Ecclesiarum praelatis consueverunt, prout multorum »
 » assertione didicimus, exerceri,auctoritate praesentium tibi »
 » duximus indulgendum ut.... ad quamlibet eligi valeas dignitatem.... » (1).

Qui il duello è riprovato più come giudizio di sangue, cui gli ecclesiastici non possono prendere parte, che come giudizio di Dio, e la consuetudine è ammessa in parte come scusa, contro la dottrina seguita poi da Raimondo di Pennaforte, e divenuta prevalente.

Quanto all'uso del duello nelle cause secolari, in una lettera al priore di S. Sergio in Spoleto (2), non lo troviamo punto condannato, ma piuttosto tacitamente approvato. Alcuni fratelli accusati di furto erano stati costretti al duello *praeter terrae consuetudinem*, e, benchè non colpevoli del reato loro addebitato, erano rimasti soccombenti, in pena di altri peccati (*aliis peccatis suis praepedientibus*). Appellarono allora al papa, probabilmente invocando il fatto di essere stati costretti al duello contro le consuetudini della loro città (*praeter terrae consuetudinem coacti*), e nel frattempo si vennero a scoprire gli oggetti rubati presso altre persone, *et quod ipsi fuerint innocentest, faciente domino, revelatum*. In questo stato di cose, se il papa impone che siano resi i beni confiscati ai presunti rei, non fa che seguire le prescrizioni dell'editto di Liutprando (3) e non riprova punto il duello. Del resto nel 1207,

(1) *Epist. INNOC. III*, l. xi. ed. BALUTIUS. '682, l. xi, ep. 6 (II, p. 162).

(2) Corretta da Richter e Friedberg (nella nuova edizione del *Corpus iuris can. Decret. Greg. IX*, v, 35, 2), in base al registro d'Innocenzo III (vi, 26), alla compilazione di Alano (v, 13, 4), ed alla comp. III (v, 13, c. un.).

(3) Cfr. sopra pag. 294, n. 2.

Innocenzo III approvò gli statuti di Benevento, in cui sono accolti duello, ed ordalie, come diremo in seguito. Dopo ciò possiamo apprezzare nel suo giusto valore una lettera al vescovo d'Argentina in cui si dice, a proposito d'un accusato d'eresia: *Licet apud iudices seculares vulgaria exerceantur iudicia... huiusmodi tamen iudicia Ecclesia non admisit* (1).

Sappiamo che lo stesso Innocenzo III, nell'anno 1208, depose il vescovo di Albenga, perchè aveva fatto appiccare un ladro convinto colla prova del ferro infuocato. Però anche nella lettera, con cui ordina la deposizione, non troviamo una vera condanna dell'ordalia, e l'avervi ricorso era la minore fra le colpe del vescovo, che aveva ancora assistito alla prova ed ordinato e presenziato il supplizio contro alle regole canoniche, che vietano ai chierici di assistere e prender parte a giudizi di sangue.

La lettera di Innocenzo III fu infatti accolta nelle decretali di Gregorio IX non come condanna delle ordalie, ma col titolo: *Clericus auctoritatem vel consilium directe vel indirecte homicidio prestans, irregularis efficitur* (2).

La stessa lettera e quella già citata al priore di S. Sergio di Spoleto sono le uniche che sul nostro argomento si trovino nella così detta *Compilatio III*, che Innocenzo mandava nel 1210 all'Università di Bologna, ed in cui, come si vede, il giudizio di Dio non si può dire condannato (3).

13. — Onorio III, successore di Innocenzo, condanna infine recisamente i giudizi di Dio, o almeno la prova del ferro infuocato, nella lettera *Dilecti filii*, accolta pure nelle decretali di Gregorio IX (4), e che fu scritta dietro, le lagnanze degli abitanti della Livonia, recentemente convertiti, fra cui l'ordalia eccitava *scandalo e terrore*. Qui non si distingue più fra giudizi ecclesiastici e giudizi laici, ma si afferma che *huiusmodi (ferri candentis) iudicium secundum legitimas et canonicas sanctiones est penitus interdictum, utpote in quo Deus tentari videtur*.

(1) *Epist. INNOC. III*, ed. cit., II, 576.

(2) *Decr. Greg. IX, De excessibus praelat.* (v, 31) c. 10.

(3) *Comp. III (De excess. praelat.)* v, 14, 3. *De purgatione vulgari*, v, 18, c. un.

(4) *Decret. Greg. IX*, v, 35, 3.

Non meno reciso è il papa nel condannare l'uso del duello nelle cause ecclesiastiche, ignorando, o meglio fingendo d'ignorare, che non era punto una novità nè un'eccezione. Il comune di Firenze voleva costringere al duello la chiesa dei Santi Apostoli per una lite che aveva con alcuni cittadini fiorentini; il papa allora scrisse al podestà e al popolo essere ciò cosa inaudita, e contraria al diritto e all'equità: *Rem audivimus hactenus inauditam et tam iuri scripto quam equitati contrariam etc.* (1).

Onorio fece poi inserire le sue due lettere nella *compilatio* v, che egli mandava ufficialmente a Tancredi nel 1226, ed in cui l'ordalia si può dire infine irremissibilmente condannata (2).

Le ultime parole della lettera di Onorio III agli abitanti della Livonia furono invocate dagli abitanti di Amburgo, che nel 1257 si rivolsero ad Alessandro IV, lagnandosi perchè *nei giudizi ecclesiastici* si usava ancora la prova del ferro infuocato (3). Il papa però nella sua risposta non si pronunciò sulla questione di diritto, ma accordò piuttosto un privilegio: *Nos igitur vestris supplicationibus inclinati, ut subire examen huiusmodi ferri candentis cogi per aliquem de cætero non possitis, auctoritate vobis præsentium indulgemus.*

In questo appello degli Amburgesi vediamo già usufruite le decretali di Gregorio IX, in cui è appunto contenuta la lettera di Onorio III. Di questa raccolta di decretali, dobbiamo trattare qui, perchè, a differenza della collezione di Graziano, essa fu compilata per espresso incarico di Gregorio IX, e promulgata

(1) Potthast 7841. Comp. v, l. v, 7. *De cleric. pugn. in duello*, c. un.

(2) Comp. v, l. v, 7, c. un. cit.; l. v, 14 (*De purgat. vulg.*) c. un. *Dilecti filii etc.*

(3) LAMBECIUS *in rer. Hamburg.*, II, p. 41, cit. da MAIER, pag. 88. « Ex » parte siquidem vestra fuit propositus coram nobis, quod cum aliquis vestrum » de aliquo crimine in foro ecclesiastico accusatur, Præpositus Ecclesiæ Hamburgensis eum ferri candentis iudicium subire compellit. Quare nobis humiliter » supplicastis, ut; cum huiusmodi iudicium sit penitus interdictum, utpote in » quo Deus tentari videtur, provideri vobis super hoc paterna diligentia iuvaremus. Nos igitur etc. ».

colla bolla *Rex Pacificus* del 5 settembre 1234. Abbiamo quindi un vero codice, in cui ogni parte, indipendentemente dalle fonti da cui possa essere tolta, ha valore di legge, ed è sanzionata dall'autorità pontificia (1).

A differenza di Graziano, Raimondo di Pennaforte distinse fra la *purgatio canonica* e la *vulgaris*. Nel titolo che si riferisce a quest'ultima (lib. v, t. 35) sono accolte le lettere di Celestino III, Innocenzo III e Onorio III ora citate, precedute da una rubrica, che ne dà l'interpretazione autentica:

Duella et aliæ purgationes vulgares prohibitæ sunt, quia per eas multoties condemnatur absolvendus et Deus tentari videtur.

Nel titolo sulla *purgatio canonica* (l. v, t. 34) troviamo, fra altri passi che non c'interessano, la lettera citata di Lucio III che richiede la *purgatio canonica*, nonostante la precedente ordinalia (c. 8), e, fin dal primo capitolo, un canone del Concilio di Treviri, che abbiamo già esaminato, ma che è qui stranamente corrotto:

«Nobilis homo vel ingenuus, si in synodo accusatus, crimen
» negaverit, si fidelem eum esse sciverit, cum duodecim inge-
» nuis se expurget. Si autem antea deprehensus fuerit in furto,
» aut periurio, aut falso testimonio, non admittatur ad iusiu-
» randum, sed ei, sicut qui ingenuus non est, purgatio indicatur».

Oltre ad altre varianti abbiamo dunque l'ultimo punto interamente diverso dal testo autentico: *sed sicut qui ingenuus non est, ferventi aqua aut candenti ferro se expurget*. Che cosa si volle ottenere con questa falsificazione? Certo togliere di mezzo il giudizio di Dio, ma lo si fece così poco abilmente, che l'ultimo punto resterebbe inintelligibile, se non ci aiutasse la rubrica, che per altro non è neppure un modello di chiarezza. Che cosa sarebbe infatti la *purgatio* imposta nell'ultimo punto, se non è il giuramento nè il giudizio di Dio? La ru-

(1) Sulla natura e l'autorità della compilazione di Gregorio IX v. SCHULTE, *Gesch. der Quellen und Literatur des canon. Rechts*, vol. II, p. 15, seq. Sul decreto di Graziano, di cui parleremo nella terza divisione di questo capitolo, cfr. invece la stessa opera, vol. I, pag. 68 e seq.

brica dice: *Infamatus fide dignus per iuramentum se purgat; alias secus, et censetur non idoneus enormiter peccans*. Si volle quindi probabilmente che all'accusato, già precedentemente convinto d'altre gravi colpe, si imponesse senz'altro la penitenza canonica, senza permettergli di purgarsi dalla nuova accusa.

Il fatto dei chierici, che combattano in duello, è considerato separatamente nel titolo *De clericis pugnantis in duello*, che contiene sull'argomento le lettere citate di Alessandro III e Celestino III, precedute ciascuna da una rubrica che ne dà il riassunto.

Infine è riprodotta integralmente la disposizione del concilio lateranense IV, che proibisce agli ecclesiastici di benedire il ferro rovente e l'acqua per le ordalie (III, 50, 9).

Con ciò si può dire finita la rassegna nostra, per quanto si riferisce ai sommi pontefici. Solo possiamo aggiungere che Innocenzo IV, fra le altre colpe di Federico II, ricorda l'aver egli imposto il duello agli ecclesiastici (1), e che Innocenzo VIII si adoperò perchè fosse abolita la prova del ferro infuocato nel regno di Massimiliano (2).

Abbiamo bensì ancora parecchie bolle dirette contro l'uso del duello, come ad esempio quelle di Giulio II (24 febbraio 1509) e Leone X (23 luglio 1519) (3), ma esse più che al duello giudizio di Dio, si riferiscono al duello cavalleresco, che gli succedette.

14. — Sin qui abbiamo esaminate le fonti del diritto canonico nel senso proprio della parola: ci resta a vedere come esse fossero spiegate ed applicate, quale fosse insomma la dottrina e la pratica rispetto alle ordalie.

(1) MANSI, XIII, 613. Cfr. *Chron. minor* citata (M. G. H. SS., XXIV, 200) *ex sent. Innocentii: nec solum trahebantur (clerici) ad iudicium seculare, sed cogebantur subire duella...*

(2) RAYNALD ad a. 1485, n. 20 cit. in HEFELÉ, *Conciliengesch.* VIII, 298. GIACOMO DE CASTILLO (*De duello*. T. U. J., XII, f. 285, n. 26 e 37) fa appunto a Martino IV di aver ordinato a Pietro d'Aragona e a Carlo d'Angiò il noto duello, che non ebbe poi luogo; Alciato invece lo loda (in T. U. J. t. c. f. 293. Cfr. PARIS DE PUTEO in T. U. J. XVI, 389); ma lode e biasimo sono fuor di luogo, perchè il papa si oppose al duello, non volendo compromessi i diritti della S. Sede sulla Sicilia. V. la lettera in Ljning, *Cod. Ital. Dipl.*, II, 1726, col. 1013 seq.

(3) *Bullarium Romanum*, ed. Taur., v, 474-76. HEFELÉ, VIII, 536, 770.

Anche in questa parte possiamo cominciare il nostro studio col ix secolo, perchè le più antiche collezioni non contengono naturalmente nulla che si riferisca al nostro argomento (1).

All'viii secolo appartenerebbero bensì secondo Grimm (2), alcuni versi, in cui si combattono i giudizi di Dio e che sarebbero tanto più importanti, inquantochè vi si troverebbero già alcuni argomenti usati poi da Agobardo; per altro l'ultimo editore di essi, E. Dümmler ha dimostrato ad evidenza che non possono ritenersi anteriori all'anno 834, per cui anzichè di una fonte d'Agobardo si tratta probabilmente dell'opera d'un suo seguace.

(1) Non credo possano riferirsi ai giudizi di Dio due passi della collezione irlandese della fine del vii o del principio dell'viii sec., pubblicati da MAASSEN, *Gesch. der Quellen und der Literatur des canon. Rechts*, 1871, vol. I, pag. 975, 980. «Sinodus Romana. De contentione duorum sine testibus statuunt, ut » per iv sancta evangelia antequam communicet testetur, qui adprobatur. Deinde » sub iudice flamma relinquatur » (*Tit. de testibus*, c. 14). (Questo canone era conosciuto da un pezzo ed attribuito ad un concilio, presieduto da S. Patrizio († 465). Come tale è pubblicato in WILKINS, *Conc. Brit.*, I, p. 6, e citato da HILDENBRAND, p. 39. Solo vi si legge *fama* invece di *flamma*). «Sinodus Sard. » Placuit, ut, qui accusatur, eligat sibi locum proximum quo facile testes » possit adhibere ubi causa finiatur, sive per iuramentum sive iuxta altare », (*Tit. de iuram.*, c. 13). (Sulla collezione cfr. MAASSEN, *Op. cit.*, pag. 877 seq.).

(2) *R. A.*, p. 909 nota. Si tratta dei *versus de Thimone comite* pubblicati assai scorrettamente da MEICHELBECK (*O. c.*, I, 2, n. 23) ed ora in *Poetæ latini Ævi Carolini*, II, 120 seq. (M. G. H., *Poetæ lat. M. Æ.*, II, 1884): fanno al caso nostro i seguenti:

*Ignis, aqua occultos rimantur frustra reatus
Quod ratio prorsus futille vera probat,
Nam si obstrusa queunt retegi prodentibus undis,
Proditor aut dubiis actibus esse focus,
Haud opus est ratio, sapientia nulla necesse est,
Totus in ambiguum sermo loquax teritur.
Sanctorum nutat series incerta librorum
Argumenta sacræ cum fidei pereunt.
Postremo cur iudicium speratur habendum,
Si in vita hac homines nulla latere queunt?
Verum alias hæc, nunc quod causa reposcit agamus
Quæ per se cuiquam frivola iure patent.*

D'Agobardo, arcivescovo di Lione (+ 840), di cui abbiamo tante volte fatto menzione, dobbiamo ormai esaminare con maggior attenzione l'opera, per cui ci interessa maggiormente, una lettera a Lodovico il Pio, a cui Baluzio diede egli stesso il titolo che non si trova punto nei manoscritti (1): *Liber adversus legem Gundobadi, et impia certamina, quæ per eam geruntur* (2). Del contenuto darò un brevissimo sunto, servendomi per quanto è possibile delle parole stesse dell'autore.

Per la religione cristiana, dice egli, siamo divenuti tutti fratelli, membra di un sol corpo (cap. 1-3); non ha quindi ragion d'essere quella diversità di diritti che fa sì, che spesso di cinque uomini, che si trovino insieme, non ve ne ha due della stessa legge, laonde se nasca contese fra di loro *nullum poterit habere testem de suis carissimis sociis... eo quod non recipiatur testimonium alicuius super Gundobadum* (cap. IV). Ora è assurdo che un cristiano non possa rendere testimonianza sopra un altro cristiano, perchè essi sono d'altra legge *secundum seculum, qui unus legis esse deberent secundum Deum*. Se alcuno non deve essere ammesso a testimoniare, questi è solo l'eretico e l'infedele (cap. V). Perciò quando vi sono testimoni, *per quos veritas posset agnosci*, il Burgundio non deve essere ammesso a giurare (VI).

Se così fosse, se cioè l'imperatore riducesse i Burgundi alla legge franca, non si avrebbero quei duelli a cui sono tenuti anche i vecchi e gli infermi, e che danno luogo a tanti omicidi e ferimenti. La dottrina di Cristo ordina di dare anche il mantello a chi pretende la tunica, pur di evitare le dispute ed i tribunali, come dunque credere che Dio darà il suo aiuto per vincere l'avversario ed uccidere quello che egli ordina d'amare? (cap. VII-VIII). È bensì vero che nell'ultimo giudizio i giusti saranno senza fallo glorificati, i malvagi puniti, ma ciò non avviene sempre in questo mondo, dove spesso i martiri soccom-

(1) Cfr. PAPIRII MASSONI, *Synopsis operum Agobardi*, aggiunta all'edizione di Baluzio.

(2) *S. Agobardi Archiep. Lugdonensis, opera*, ed. BALUZII, Parisiis 1666, I, 107-121.

bevano, Gerusalemme cadde in mano dei Saraceni, Roma dei Goti, l'Italia dei Longobardi. Il fedele non deve credere che Dio voglia svelare gli arcani degli uomini coll'acqua fredda e il ferro infuocato, come potrà egli aver fiducia nei duelli? (cap. ix). L'utilità dei giudizi sta nella discussione della causa e nelle sottili investigazioni dei giudici, come si vide nel caso di Salomone, e di Daniele e Susanna, ecc. Ora colla legge burgundia *non licet discussione aut veracium testimonio causas terminare* (x). D'altra parte vediamo che gli Israeliti, che combatterono per ordine del Signore contro la tribù di Beniamino, rea di gravi peccati, rimasero dapprima sopraffatti (*Iudicium*, 19, 20): chi non temerà dunque il giudizio di Dio, chi crederà che se due combattono per un asino, o per un mulino, o per altra cosa di minor pregio ancora, debba necessariamente vincere chi ha ragione, benché d'altra parte sia forse colpevole dei maggiori peccati? *vere hoc non est lex sed nex* (xi). Inoltre si dovrebbe tenere maggior conto degli antichi canoni gallicani, *qui quasi superflui aut inutiles a quibusdam respuuntur, eo quod neoterici Romani* (1) *eos non commendaverint*, e reca dolore vedere osservata la legge di un re eretico, mentre si trascurano le regole di pii e santi personaggi (xii).

Così già Avito aveva condannato il duello (2) disputando con Gundebaldo stesso (xiii). Certo l'esito dei combattimenti dipende dal volere di Dio, ma accade talora che questi punisca col cattivo esito di un duello colpe, di cui nel caso presente non si trattava (3). Così vediamo che talora entrambi i combattenti soccombono: forsechè avevano torto entrambi? Volessé Iddio, termina Agobardo, che sotto un solo e piissimo re tutti fossero retti da una sola legge; ciò varrebbe senza dubbio a promuovere la concordia nella città di Dio, e l'equità fra i popoli. Che se ciò è grande, e forse impossibile all'uomo, sia abolita almeno la legge di Gundebaldo, non solo inutile ma dannosa.

(1) Vedi su questo punto, che si potrebbe quasi dire un preludio alle future lotte fra la chiesa romana e la gallicana, la dotta nota di Baluzio.

(2) Cfr. sopra pag. 329.

(3) Cfr. la lettera di papa Innocenzo III, pag. 367-68.

Agobardo scrisse anche contro le ordalie un libro di minor importanza detto *De Divinis sententiis* (1), raccolta di passi scritturali, in cui per lo più si raccomanda la mitezza, l'amor del prossimo, la carità, o si parla dell'imperscrutabilità dei giudizi divini, e con cui egli vorrebbe dimostrare che le ordalie, ed in ispecie il duello, sono contrari alla dottrina di Cristo (*reconciliationi generis humani, ac reconciliatori Christo*). Dobbiamo tenerne conto, perchè vi si tratta ex professo anche delle ordalie, accennate solo di straforo nel libro precedente.

Fu detto ripetutamente che Agobardo misconosceva il diritto germanico; io direi piuttosto che lo combatteva per quanto riguarda l'intera teoria della prova. Sarebbe infatti ridicolo il sospettare che egli, scrivendo contro la legge di Gundebaldo, ignorasse che lo stesso diritto imperiale ammetteva, ed ampiamente duello ed ordalie; che mentre egli scriveva, che un fedele non deve credere nei giudizi di Dio, un capitolare di Carlo Magno ordinava *ut omnes Dei iudicium credant absque dubitatione*. Sotto questo aspetto Agobardo è quindi un rivoluzionario; i capitolari avevano favorita la prova testimoniale e l'inquisizione del giudice; egli vuole addirittura sostituirle intieramente agli antichi mezzi di prova del diritto germanico, e tutt'al più conservare il giuramento, quando non vi siano testimoni, come una garanzia maggiore; per tal modo, come tutti i rivoluzionari egli esagera la tendenza dell'epoca in cui vive. Del resto gli argomenti con cui egli difende le sue idee non escono dal campo teologico: essi si possono insomma raggruppare a questi tre: le limitazioni poste alla prova testimoniale per ragione di nazionalità non hanno ragione d'essere, perchè tutti siano uniti in Cristo; il duello è contrario alla carità cristiana; i giudizi di Dio sono incerti ed imperscrutabili. Del resto non troviamo in esso nessuna traccia di diretta influenza del diritto romano, e nessun accenno al pensiero espresso, credo per la prima volta, da Nicolò I (2), che col duello e le ordalie si tenti Dio.

(1) Op. I, 301-329.

(2) Cfr. sopra pag. 356.

Ho già accennato in due punti (1) alla probabile influenza delle idee di Agobardo sui suoi contemporanei; questa però non dovette essere grande, nè molto duratura; certo di tutti gli autori posteriori favorevoli o contrari alle ordalie nessuno lo ricorda.

15. — Contemporaneamente quasi ad Agobardo, pare abbia scritto sulla prova dell'acqua fredda Rabano Mauro, arcivescovo di Magonza; ricavo questa notizia da una lettera d'Hincmaro (2), ma per quanto io abbia scorse le opere di Rabano (3), non ho trovato lo scritto od il passo in questione. Si tratta forse di qualche lettera o qualche opuscolo ora perduto.

Hincmaro, come forse molti suoi contemporanei, fu tratto ad occuparsi delle ordalie, dalla famosa questione del divorzio di Lotario, e dalla decisione del Sinodo dell'anno 860 (4). Scrivendo appunto *De divortio Lotharii* (5), egli combatte prima quelli che negavano ogni fede ai giudizi di Dio in generale, poi chi pretendeva che nel caso singolo potesse esservi stata frode, che avesse turbato l'esito della prova, colla quale era stata dimostrata l'innocenza della regina. Di questo secondo punto abbiamo già detto (6); riguardo al primo, è interessante quanto apprendiamo da Hincmaro, cioè che « quidam dicunt nullius esse auctoritatis, » sive credulitatis iudicium, quod fieri solet per aquam calidam, » sive frigidam, neque per ferrum calidum, sed ad inventiones » sunt humani arbitrii, in quibus sæpissime per maleficium falsitas locum obtinet veritatis et ideo credenda esse non debent (7) ».

Si direbbe che qui Hincmaro avesse sott'occhio uno scritto contro le ordalie, che anzi ne riporti un passo, che non concorda grammaticalmente col suo dettato (*dicunt nullius esse aucto-*

(1) Cfr. sopra pag. 335, 372.

(2) Ep. xxxix ad *Hildegarium ep. Meldensem* (opera, ed. SIRMONDI, 1645, tomo II, p. 676-686).

(3) HRABANI MAURI, *Opera omnia*. Col. Agripp., 1626, 6 vol.

(4) Cfr. sopra pag. 335, n. 1.

(5) Op. ed. cit., I, 561-709.

(6) Cfr. la cit. n. 1, pag. 335.

(7) Op., I, pag. 598-599.

ritatis..... sed adinventiones sunt etc.), nel qual caso si potrebbe congetturare un'opera a noi sconosciuta.

Però la ragione principale addotta qui contro le ordalie, che esse cioè sono invenzioni popolari, sembra già accennata in Agobardo, e vi insistono poi quasi tutte le lettere pontificie già citate e specialmente quella di Alessandro II (1).

Hincmaro all'obiezione risponde con una serie di argomenti per lo più tratti dalle scritture, e che, sia per la scorrezione evidente dell'edizione delle sue opere, sia per la stranezza delle sue interpretazioni e delle sue analogie, sono spesso quasi inintelligibili. Tentare di compendiarli non francherebbe la spesa. Specialmente egli si adopera per difendere la prova dell'acqua fredda, che pare fosse combattuta con molto calore per ragioni teologiche.

Qui gli stava contro anche il capitolare di Lodovico il Pio, che la proibisce, ma egli osserva che la proibizione si legge bensì nei *Capitulis Augustorum*, *sed non in illis Synodalibus, quæ de certis accepimus Synodis*. Alcuni pretendono, continua Hincmaro, che la prova sia stata proibita, perchè colui che è immerso nell'acqua nel nome del Signore, è quasi ribattezzato; ma ciò non è detto in quel capitolare (2). Altri vogliono che il reo debba andar a fondo, l'innocente galleggiare, come si vide nel diluvio, nel passaggio del Mar Rosso, nel fatto di S. Pietro che passeggia sulle onde, ed infatti col battesimo gli eretici si immergono nell'inferno *non aliis sed ipsis aquis, quibus orthodoxi et iusti quique ad cœlestia regna sublevantur* (3).

Come si vede, qui le obiezioni erano di una gravità straordinaria, e il povero Hincmaro non sa proprio come cavarsela; ma, dice egli, *divina operatio, si ratione comprehenditur, non est admirabilis, nec fides habet meritum, cui humana ratio præbet experimentum*.

(1) Si noti in questa (sopra pag. 363) le parole « cuiuslibet popularis inventionis (quia fabricante hæc sunt omnino ficta invidia) » da confrontarsi con *adinventiones sunt etc.* Agob. *De div. sent.* (l. c. 302) ...quasi omnipotens Deus animositatibus vel adinventionibus hominum servire debeat. (Cfr. p. 306).

(2) *De dicortio etc.*, ed. cit., p. 611.

(3) Op. cit., p. 604-605 (ripetuto nella lettera ad Hildegario, n. 678).

Quanto si riferisce alla prova dell'acqua fredda è poi ripetuto quasi integralmente in una lettera al vescovo Hildegario (1).

Inoltre nell'epistola 37, diretta nel 860 agli arcivescovi Rodolfo e Frotario, Hincmaro espone una teoria importante sull'uso del giudizio di Dio. In regola generale, scrive egli, l'accusato si purga col giuramento; il giudizio di Dio si impone solo agli inferiori *ad satisfactionem maiorum*, e fra eguali può solo ricorrersi per spontaneo accordo fra le parti (2). Vedremo che questo punto fu usato in seguito nella collezione in sette libri del codice torinese (v, 247), colla rubrica: *In qua causa iurandum et in qua iudicium fieri debeat*.

Non contento di difendere le ordalie in teoria, Hincmaro voleva anche ricorrervi in pratica nella causa di un certo Nivinus, che aveva corrotta e poi fatta rapire una monaca, ma a quanto si desume dallo scritto contro il nipote (3), le sue proposte non ebbero seguito.

(1) Cit. sopra pag. 376, n. 2.

(2) Op. II, p. 650-651: « Inter cetera dicente beato iunior Gregorio in epistola per Denualdum presbyterum directa ad Bonifacium maguntinum episcopum: In causa, inquit, in qua certi non fuerint testes, iurandum erit in medio et illum testem proferat accusatus de innocentia suae puritate, quem habebit et iudicem... Iudicium autem, non nisi pro pacis caritatisque concordia inter coequales fieri solet: fit autem a subiectis ad satisfactionem maiorum, quod in hac causa, nisi ex placito fiat, non potest ex auctoritate requiri ». (Cfr. quanto scrissi nel cap. VIII, specialmente p. 239-239; solo io credo che invece del giuramento, che non è un vero mezzo di prova, si usasse in origine il duello).

Il cod. torinese (che dà l'intera lettera) a questo punto non ha nessuna variante, salvo in principio dove dice « Sed et iunior Gregorius in epistola etc. » - lezione forse migliore di quella dell'edizione in cui si trova: *dicente e inquit* poco d'accordo fra di loro. Del resto nel manoscritto si ha Radolfo e Frontario invece di Rodolfo e Frotario.

La lettera di Gregorio II, ricordata da Hincmaro è ora pubblicata in *Mon. Mogunt.*, ed. JARRÉ (*Bibl. rer. germ.*, II, 89) n. 27, con molte varianti.

(3) *Opusculum LV capitulorum adversus Hincmarum Laudunensem*, cap. 43. (Op. II, 543): « Et eo usque illum perduxì, ut si praefati sui homines, quia non liberae conditionis sunt, aut cum aqua calida, aut cum aqua frigida inde ad iudicium Dei exirent, quid inde Deus ostenderet mihi sufficeret ».

Da ultimo va osservato che Hincmaro non parla mai del duello, se non per proibirlo agli ecclesiastici della sua diocesi (1).

16. — All'infuori delle opere di Agobardo e di Hincmaro non ne conosco altre, in cui la questione dei giudizi di Dio sia trattata, come si direbbe ora, intieramente *in diritto costituendo*, dal punto di vista dottrinario. Abbiamo invece da esaminare le collezioni di canoni e le testimonianze di parecchi scrittori che ci fanno conoscere benissimo quale fosse la dottrina predominante.

Prima però dobbiamo fermare la nostra attenzione sulle falsificazioni francesi, che verso la metà del ix secolo tanto contribuirono allo svolgimento del diritto canonico. Non so se altri le abbia ancora studiate nel punto che ci interessa, certo esse sono di speciale importanza, poichè a loro precipuamente risale la dottrina che esonererebbe il clero dall'onere della prova e specialmente dai giudizi di Dio; anzi si può notare persino un tentativo di rendere facoltativo l'uso del giuramento di purgazione, che fu poi invece tanto usato come *purgatio canonica*.

È omai ben noto quale intimo nesso congiunga fra di loro i capitolari spurii di Benedetto, i *capitula Angilramni* e le decretali Pseudo-isidoriane, per non parlare di altre falsificazioni minori (2). Lo scopo dei falsari è parimenti abbastanza conosciuto, perchè non occorra a noi di occuparcene.

Incominciando quindi senz'altro dall'esame della collezione di Benedetto, troviamo che il suo autore è ben lungi dall'essere contrario ai giudizi di Dio, compreso il duello, che anzi acco-

(1) HINCARI *Capit.*, tit. 1, c. 14 (opera 1, p. 714): « Summopere etiam quisque » cavens ut non quacumque occasione aut parem suum, aut alium quemlibet ad iram et rixam, quanto magis *ad pugnam vel ad caedem* aliquo verbo » irritet seu provocet, nec provocatus ad hoc quisquam prosiliat ». Si può però dubitare se si tratti qui di duello giudiziario.

(2) Cfr. specialmente la prefazione di HINSCHIUS alla sua edizione dello Pseudo-Isidoro e di Angilramno, SIMSON, *Die Entstehung der Pseudo-Isidorischen Fälschungen in Le Mans*, 1886. MAASSEN, *Pseudo-Isidor. Studien*, 1885. WASSER-SCHLEBEN, *Pseudo-Isidor*, nell'enciclopedia di Herzog XII, i manuali di Richter, Friedberg, Schulte, Frantz ecc. Un riassunto esatto delle varie questioni fu dato ultimamente da TARDIF, o. c., 132-158 e da RUFFINI, *Actio spoli*, 1889, p. 162 seq.

glie gran parte dei capitolari dei re franchi, che vi si riferiscono (1).

Non gli conveniva però in alcun modo che gli ecclesiastici fossero costretti a sottoporvisi, e qui gli tornano comodi alcuni passi di leggi romane, che riproduce con qualche modificazione, o semplicemente restringendoli ai soli ecclesiastici.

Anticamente i laici potevano accusare gli ecclesiastici, di qualunque grado, e questi dovevano *senza indugio* sottoporsi al giudizio secolare. Così trovo prescritto ad es. negli atti di un concilio del 517, a cui prese parte il vescovo Avito, già nominato (2).

In Benedetto troviamo invece questa disposizione:

« Peregrina iudicia generali sanctione prohibemus; quia indignum est ut ab externis iudicentur, qui provinciales et a se electos debent habere iudices (3) ».

Fonte di questo capitolo è una costituzione del codice Teodosiano, in cui si proibisce d'accusare all'infuori dei confini della provincia, e si parla di *peregrina iudicia* in tutt'altro

(1) Cfr. sopra pag. 288, n. 1. Nei *capitula Angilramni* e nello Pseudo-Isidoro per la natura loro speciale questi passi non sono invece riprodotti, e salvo errore non vi si parla mai di giudizi di Dio.

(2) *Acta conc. epaonensis*, xi (in AVITI, opera, ed. cit., p. 169): « Clerici sine ordinatione episcopi sui adire vel interpellare publico non præsument; sed si pulsati fuerint, sequi ad sæculare iudicium non morentur ». Nel cap. xxxiv è permesso ai laici di accusare gli ecclesiastici di qualunque grado. Non sarà del resto fuor di luogo riportare il seguente passo di Friedberg (p. 211), che indirettamente risponde a chi, come Walter, pretende che lo Pseudo-Isidoro abbia poco o nulla innovato o preteso d'innovare: « Dagegen unterlagen die Verbrechen der geistlichen der staatlichen Jurisdiction... Allerdings machten Synoden den Versuch die Bischöfe von der staatlichen Gerichtsbarkeit zu befreien und unter das Gericht der Synode zu stellen; aber wenn auch die Könige regelmässig ihrem Verfahren ein solches durch die Synode vorgehen liessen, so war das doch nur Connivenz und nicht Rechtsens ». A conclusioni in parte diverse venne però NISSL, *Der Gerichtsstand des Clerus im fränkischen Reich.*, 1886. Cfr. anche R. SOHM, *Die geistl. Gerichtsbarkeit in fränk. Reich. Zeitschr. für Kirchenr.*, ix, (1870) p. 193-271. PERTILS, *Op. c.*, vi, 35, 77 seq. WEYL, *Das fränk. Staatskirchenrecht zur Z. der Merov.* 1888, p. 36 seq.

(3) *Bened. cap. Spuria*, III, 309 (PERTZ, l. c. 122). *Additio*, IV, 19 (PERTZ, 148).

senso (1). La regola di Benedetto si trova poi ripetuta in Angilramno (2), e poi cinque o sei volte nello Pseudo-Isidoro, attribuita ai papi Anacleto, Viginio, Fabiano, Felice I, Eusebio, Sisto III (3).

Nella lettera attribuita ad Anacleto, il capitolo citato è riprodotto così: *Leges ecclesiae apostolica firmamus auctoritate et peregrina iudicia submoveremus*; ed esattamente di queste parole usa un Sinodo dell'anno 916 (4), tenuto presenti Corrado I, e Pietro, legato pontificio, per cui la falsificazione di Benedetto viene ad essere legittimamente approvata.

Un foro ecclesiastico separato dal laico non soddisfa ancora Benedetto; egli vuole, che chi presume d'accusare un ecclesiastico, sia costretto, contro le regole del diritto germanico, a dar la prova non solo, ma a dichiararsi pronto a subire egli la pena, se la prova non gli riesce. Per ottenere questo, bastò trasformare leggermente una costituzione del codice Teodosiano (*Lex Rom. Wisigoth.*, ix, 1, 11).

La costituzione è la seguente:

« Accusationis ordinem iamdudum legibus institutum servari » iubemus, ut *quicumque* in discrimen *capitis arcessitur* non » statim reus aestimetur.... Sed quisquis ille est qui crimen » intendit, in iudicium veniat, nomen rei indicet, et vinculum » inscriptionis arripiat etc.... ».

Benedetto (III, 436) ripete tutto ciò con modificazioni insignificanti, salvo nel principio, in cui è detto:

« Accusationis ordinem canonicis dudum regulis institutum » servari iubemus, ut *si quis clericus in criminali vel in leviori causa pulsatur, vel in discrimine capitis arcessitur* etc. »

Adunque anche nelle minime accuse contro un'ecclesiastico, l'onere della prova incombe all'accusatore. Non aveva quindi più

(1) *Lex Rom. Wisigoth.*, ix, 1, 5 (ed. HAENEL, p. 170): « Ultra provinciae terminos accusandi licentia non progreditur. Peregrina autem iudicia praesentibus legibus coercemus ».

(2) Cap. xvi (H. p. 761).

(3) ANACLET., xv (H. 73). VIGIN., iv (H. 114). FABIAN., xxvi (H. 167). FELIC., i, xv (H. 202). EUSEB., xvii (H. 239). SIXTI III, *Decr.* (H. 563).

(4) CHUONRADI I, *Syn. Altheimensis*, 12. (PÉRTZ, *Legum* II, 556).

ragion d'essere l'inciso *vel in discrimine capitis etc.*, reso inutile dall'interpolazione precedente.

Lo capì forse Angilramno (vi, H. 760), che conservando tutto il resto, semplificò il punto in questione scrivendo « ... si quis » clericorum in accusatione pulsatus fuerit... »; ad esso si accosta poi lo Pseudo-Isidoro, che da « ... si quis clericorum in crimine » impetitur.... (1) ».

Le due falsificazioni precedenti sono confermate da Benedetto con altre, parimenti tratte dalla *Lex Romana Wisigothorum*. Così è specialmente notevole il capit. 438 del terzo libro « De » episcopis et reliquis sacerdotibus vel clericis ad sæculares iudices minime accusandis », in cui oltre a sancire, che gli ecclesiastici possono solo essere accusati davanti ai vescovi, si ricorda pure agli accusatori, che a loro spetta l'onere della prova: « noverit docenda probationibus, monstranda documentis se debere inferri ».

Anche questo capitolo passò in Angilramno (xxi, H. 762) e nello Pseudo-Isidoro (*Decr. Sixti*, III, H. p. 562).

Potremmo aumentare assai le citazioni (2), ma i pochi punti toccati potranno bastare, perchè dimostrano sufficientemente come, per influenza del diritto romano, i falsari abbiano voluto far rivivere in tutta la sua forza l'antico processo accusatorio e l'antico sistema di prove (3), naturalmente in favore del clero.

(1) *Epist. EUTICIANI sec.* (H. 211). Nella stessa lettera, poco prima si distingue recisamente fra le cause ecclesiastiche e le secolari: *statuimus non ita in ecclesiasticis agendum esse negotiis sicut in secularibus*. (Cfr. LEON. M., ep. 104, c. 3). Una delle principali differenze sta in ciò, che nelle accuse ecclesiastiche chi si creda leso può interrompere il giudizio coll'appello (*recedere licet*).

(2) Cfr. ad es. BENEDETTO, III, 259 (ISID. *Syn.*, lib. II, 85) III, 365. ANGILR., XLVII (H. p. 766). (Cfr. *Lex Rom. Wisigoth.*, IX, 1, 4). PSEUDO-ISID. MELCIAD., II (H. 243). FELIC. I, 4 (H. 198).

(3) L'economia del lavoro non mi permette di addentrarmi ad esaminare quanto le falsificazioni del IX secolo abbiano contribuito allo svolgimento della teoria del processo canonico. Osserverò solo che HILDENBRAND (p. 35-36), il quale, colla sola scorta del decreto di Graziano, tratteggia la *procedura accusatoria canonica*, senza avvedersene, cita esclusivamente decretali Pseudo-isidoriane, salvo un solo capitolo, che lo stesso Graziano indica tolto dal Codice giustiniano.

Restava però il giuramento di purgazione che si usava già da un pezzo, e che ad es., si trova prescritto in una lettera di Gregorio II dell'anno 726, passata poi in molte collezioni (1); si sapeva inoltre che vi erano stati papi, i quali si erano purgati da accuse loro mosse col giuramento o coll'eucaristia, od avevano imposta questa prova (2).

L'autore, o gli autori della collezione Pseudo-isidoriana non si sgomentano per questo, ma prendendo per punto di partenza un passo del *liber pontificalis* (*Vita Sixti III*, cap. 1), inventano una lettera attribuita a Sisto III (3), in cui il papa narra che essendo egli stato ingiustamente accusato, aveva di *sua propria autorità* fatto radunare un sinodo dall'imperatore Valentiniano, e davanti ad esso si era purgato dall'accusa, non intendendo però con ciò di pregiudicare i diritti altrui, e di imporre agli altri ecclesiastici il giuramento di purgazione, quando essi stessi non lo richiedessero spontaneamente: « me » scilicet a suspitione, et æmulatione liberans, sed non aliis qui » noluerint aut sponte hoc non elegerint faciendum, formam » exemplumque dans cum scriptura sit: si quis crimen obicere » voluerit, scribat se probaturum etc. ».

Per meglio convalidare questa importante restrizione si fanno ripetere dal papa varie false decretali, in cui è appunto stabilito che l'accusatore dia la prova.

A questo punto ci si presenta una questione che non possiamo pretermettere, benchè non si riferisca direttamente al nostro tema. Nell'anno 800, papa Leone III, alla presenza di Carlo Magno e di gran numero di ecclesiastici e nobili franchi, si purgò col giuramento sugli evangeli da gravi accuse fattegli dai suoi nemici.

Anastasio bibliotecario (4), fonte autorevolissima e di poco posteriore, ci dà la formola del giuramento, aggiungendo che il papa proclamava di seguire l'esempio dei suoi antecessori

(1) GRAZIANO, c. II, q. v, cap. 5. (MANSI, XII, 245. JAFFÉ, *Mon. Mogunt.*, n. 27.

(2) V. gli esempi raccolti da Hildenbrand, p. 40-43, 45-49. Cfr. sopra pag. 325, n. 3^a.

(3) *Decr. Sixti III* (H. p. 562). Cfr. anche la lettera di Cornelio già cit.

(4) In MURATORI, *SS.*, t. III, p. 1, p. 197-199.

(*Prædecessorum meorum vestigia sequor*). Ma altre relazioni, una delle quali pubblicata dal Pertz, da un codice del ix sec. (1), altre contenute nelle raccolte di Graziano, Burchardo, Ivone (2), ed in un *ordo romanus* citato da Hildenbrand insistono tutte con parole diverse sopra una restrizione fatta dal pontefice, e che è affatto identica a quella dello Pseudo-Isidoro;

« Et hoc mea spontanea voluntate facio, non quasi in cano-
» nibus inventum sit, aut quasi ego hanc consuetudinem aut
» decretum in sancta ecclesia successoribus meis, nec non et fra-
» tribus et coepiscopis nostris imponam, sed ut melius a vobis
» abscindatis rebelles cogitationes ».

Tutti questi passi sono citati da Hildenbrand (3), ma egli non tiene conto del corrispondente capitolo dello Pseudo-Isidoro, e crede quindi, che se non le parole, la cui autenticità era già stata negata colla solita acutezza dal Berardi (4), almeno il fatto della riserva fatta dal pontefice sussista; ciò pare a me molto dubbioso, e non sarei invece alieno dal ritenere, che del fatto vero del giuramento di Leone III si sia redatta una narrazione secondo lo spirito delle falsificazioni Pseudo-isidoriane (5), indotto in questa opinione specialmente dal confronto colla narrazione autentica di Anastasio, in cui il papa invoca l'esempio dei suoi predecessori.

Comunque ciò sia, questo esame brevissimo delle falsificazioni Pseudo-isidoriane, e delle affini, ci permette intanto di conoscere la fonte, almeno indiretta, di parecchie-condanne dell'uso dei giudizi di Dio nei tribunali ecclesiastici. Tenendo conto dell'osservazione di Agobardo, di Nicolò I, e specialmente d'Ivone, che formula

(1) *M. G. H. LL.*, II, p. 15.

(2) *GRAT.*, c. 18. C. II. q. 5. *BURCH.*, I, 198. 1v., *Decr.*, 5, 313. *Pann.* 5, 4.

(3) *Op. cit.*, p. 45 seq.

(4) *Gratiani can. genuini ab apoc. discreti*, 1752, t. III, p. 246.

(5) Se ciò non volesse ammettersi avremmo una nuova fonte dello Pseudo-Isidoro, in una delle narrazioni apocriefe del fatto di Leone III. Si confrontino infatti ad es. queste parole dello *Ps.-Isid.* (l. c., p. 563) *nullo compulsus iudicio, aut vim passus, sed sponte eligens* colle segmenti dell'*Ordo Romanus*, cit. da HILDENBRAND: *a nemine iudicatus, neque coactus, sed mea voluntate impulsus*; evidentemente uno dei due passi è la parafrasi dell'altro.

così nettamente la sua teoria, affermando non essere i giudizi di Dio prescritti dalla legge divina, bensì richiesti dall'umana incredulità, si capisce come nei *peregrina iudicia* si sia finito col ravvisare le ordalie, come lo fa espressamente il sinodo di Parigi del 1212 ed una glossa all'*Anselmo dicata*, di cui parleremo. Quindi Lucio III ricorda appunto la proibizione dei *peregrina iudicia*, per imporre l'obbligo della *purgatio canonica*, come Alessandro II allo stesso scopo proibisce la *vulgarem legem, a nulla canonica sanctione fultam*. Così *peregrina iudicia* diventa il sinonimo di *purgatio vulgaris*.

Dopo ciò, è appena da ricordarsi, che la lettera di Stefano V, nel punto *spontanea vero confessione etc.* ha forse rapporto collo Pseudo-Isidoro (*Vict.*, IV; *Sixti*, II, VII (H. 128, 193) (1), e che la lettera di Alessandro III all'arcivescovo di Upsala, disponendo *ne clerici ad sæcularia iudicia pertrahantur*, si fonda su falsificazioni Pseudo-isidoriane.

In conclusione, tutta la teoria della *purgatio canonica* opposta alla *vularis* si contiene in germe nello Pseudo-Isidoro: solo questi avrebbe voluto far ancora un passo, rendendo per gli ecclesiastici semplicemente facoltativo il giuramento di purgazione, ed in ciò fu poco seguito (2).

Del resto va osservato, che lo Pseudo-Isidoro, come già le sue fonti dirette, si occupano solo delle accuse contro gli ecclesiastici; nelle cause civili nulla vietava che questi seguissero il diritto vigente, difendendo gli averi loro colle ordalie, col duello, come infatti si praticava comunemente.

(1) *VICT.* VI: « Incerta, karissimi, nullatenus iudicemus, quoadusque veniet » dominus qui latentia producet in lucem, et manifestabit consilia cordium ». *SIXTI* II: « De occultis enim cordis alieni temere iudicare peccatum est... cum » eorum quæ homini sunt incognita, solus Deus index sit iustus... Incerta non » iudicemus quoadusque etc. ». Cfr. *ZEPHER.* VII (H. 132). *BENED.*, III, 259: « In » ambiguo Dei iudicio reservetur sententia; quod certe agnoscunt suo, quod » nesciunt, divino reservent iudicio ».

(2) Già nel Sinodo citato del 916 (tit. 16) i vescovi statuiscono di seguire l'esempio di papa Leone, e purgarsi dalle accuse col giuramento sugli evangelii. Cfr. poi, ad esempio, *GRAZIANO*, C. II, q. 5, II pars.

17. — Fra le collezioni di canoni, dobbiamo per necessità limitarci ad alcune più importanti, e che influirono maggiormente sulle posteriori.

Disgraziatamente la storia delle fonti dallo Pseudo-Isidoro a Graziano, cioè nel periodo che resta all'infuori delle due opere capitali di Maassen e Schulte presenta gravi difficoltà (1), aumentate dall'essere ancora inedite alcune delle fonti principali, quali la *Anselmo dicata*, la *collectio Anselmi*, la *collectio XII partium*, la *collectio trium partium*, il *Polycarpus* e via dicendo.

La prima di queste collezioni, la *Anselmo dicata*, composta a quanto pare fra l'883 e l'897, cioè mentre era arcivescovo di Milano Anselmo (2) mi fu dato consultare, servendomi dello

(1) Cfr. EWALD in *N. Archiv. für alt. d. Geschichtskunde*, v (1880), 290 seq.

Delle collezioni di canoni dallo Pseudo-Isidoro a Graziano dà l'enumerazione finora più completa il vecchio *Manuale* di WALTER. Cfr. anche RICHTER-DOVE, p. 141 seq.; FRIEDBERG, 86; ZORN, 120, ecc. Delle collezioni da me non consultate, la *Cesaraugustana* (ix, 8) contiene il noto passo di Nicolò I sul duello; la *collectio III partium* questo stesso passo (iii, 15 (16) 67), e la lettera di Stefano VI (i, 64, 4; iii, 20 (21) 9); la *collectio Rotgeri* (c. 173) il canone del Concilio di Treviri *Nobilis homo*, ecc.

(2) Su essa vedi BALLERINI, *De antiquis ... collectionibus*, P. iv, c. x. (GALIANDI, *Sylloge*, p. 245). SAVIGNY, trad. Bollati, i, 446 seq. THEINER, *Disquisit.*, p. 149 seq. TARDIF, 161.

Furono i Ballerini primi a congetturare che l'*archipræsul Anselmo* a cui è dedicata la collezione (*domino magnifico, vigilantissimo pastori ac precellentissimo archipræsuli Anselmo*) fosse un arcivescovo di Milano, che viveva alla fine del ix secolo, e la loro congettura fu poi universalmente accolta. Ora però il cardinal PITRA (*Analecta novissima*, t. i (1885) p. 140), seguito da Tardif, la pose in dubbio, osservando che nessun manoscritto dà ad Anselmo il titolo di Arcivescovo di Milano, *contrairement aux usages suivis pour les archevêques et évêques des grands sièges*. Quindi Tardif si accontenta di osservare che la collezione è anteriore a Burcardo. Invero la ragione addotta dal Pitra non mi pare di gran valore, specialmente trattandosi d'una dedica fatta da diocesani al loro arcivescovo, ed in appoggio all'opinione comune parmi si possano trarre argomenti validissimi dallo stesso manoscritto vercellese che fin dal primo foglio contiene una specie d'iscrizione certo contemporanea al codice, e molto importante per la storia della chiesa di Vercelli, in cui si ricordano, se pur non vado errato, le donazioni di Carlo il grosso (*Hæc tibi rex Carolus sanctissimo reddito tenenda etc.*) alla chiesa di Vercelli, una delle quali appunto dell'882 (*Hist. Patriæ Mon. Chartarum I, xxxviii*) mentre

splendido manoscritto vercellese (1), che è forse il più antico di quanti se ne conoscono. In una sezione della terza parte, sotto la rubrica *De iudicibus atque iudiciis ecclesiasticis et seculari iudicio* (III, 158 seq.) sono ampiamente usufruite le falsificazioni Pseudo-isidoriane, specialmente per ciò che si riferisce ai *peregrina iudicia*. Su questi sono riportati i seguenti passi dello Pseudo-Isidoro: Anacleto, c. xv, Viginio, c. iv, Fabiano, c. xxvi, Eusebio, c. xvii (*Ans. dic.*, III, 159, 178-180); e non è fuor di luogo osservare che un'antica glossa interlineare (2) al c. III, 159: «.... Leges ecclesiæ apostolica firmamus auctoritate» et *peregrina iudicia submovemus*» intende già per *peregrina iudicia* le ordalie, appunto come alcune decretali già citate.

in fine della terza parte troviamo aggiunta d'altra mano un'*epistola formata* datata del 904 (anno *incarnationis nongentesimo quarto indic. VII*). Il codice vercellese (come il bamberghense) è quindi probabilmente scritto negli ultimi anni del ix secolo, nè la redazione della collezione può essere molto più antica, stante il larghissimo uso delle falsificazioni Pseudo-Isidoriane.

Poi, nè sono sull'argomento, mi sia permesso aggiungere che nè Theiner, nè ora Tardif ricordano fra le fonti dell'*Anselmo dicata* la *Breviatio canonum* di Ferrando e quella di Cresconio, cui pur si accenna nel prologo (*nam in altero Ferrandus carthaginiensis ecclesiæ diaconus, in altero autem Cresconius quidam eiusdem operis imitator ecclesiasticarum sanctionum quandam videtur fecisse concordiam...*), e che si potrebbe forse congetturare che dello Pseudo-Isidoro, solo le false decretali pontificie fossero conosciute all'autore o agli autori della collezione in questione, per non dover ammettere che essi di proposito si staccassero dallo Pseudo-Isidoro per il testo dei concilii. Appunto un codice pseudo-isidoriano contenente le sole decretali e sconosciuto ad Hirschius, trovai nella Biblioteca capitolare di Vercelli, segnato col numero cxxx. È apparentemente del sec. x-xi e mancante infine del fascicolo xviii (che conteneva dai *Decr. Julii* pp. xiv fino ai *Decr. Felicis* II, XIII, (H. p. 471, 489) e di quanto veniva dopo al fasc. xix che si conserva e finisce coi *Decr. Damasi* pp. xx (H. p. 506).

(1) È un grosso volume costante, a quanto desumo dal catalogo manoscritto dell'egregio can. Canetti, di ff. 271 non numerati e misuranti mm. 440 x 350. Oltre alle aggiunte citate nella nota precedente, altre ne furono fatte fino a tutto il secolo XII, che non è qui il caso di ricordare. Così fra le lettere Pontificie trovo quelle segnate in Jaffé + 206, 712, 713, 6436, ecc.

(2) (*Peregrina*). i. *ignis et aque*. La data della glossa per quanto si può giudicare, tenendo anche conto di un'altra glossa che si trova poco prima, può variare fra il XII ed il XIII sec.

18. — Ai primi anni del x secolo (906) appartiene il noto libro di Reginone, abate di Prüm (+ 915), che lo scrisse per incarico di Rathbodius, arcivescovo di Treviri, ad uso di questa diocesi. Ciò che vi si riferisce alle ordalie è tolto dal concilio di Treviri, c. 22 (*Regino*, II, 302), dal concilio di Magonza, c. 24 (*R.*, II, 43), da una lettera di Rabano ad Eribaldo, in cui si contiene con qualche variante la lettera apocrifia di Gregorio I (*R.*, II, 242), ma specialmente dai capitolari franchi, cioè dal decreto Vermeriense, che prescrive la prova della croce nelle cause matrimoniali (*R.*, II, 243), dal capitolare Aquisgranense dell'809, c. 10, che condanna alla perdita della mano il prete che diede il sacro crisma per turbare l'esito d'un'ordalia (1) (*R.*, I, 73), dal capitolare di Carlò il Calvo sulle false misure (*Kar.* II, *Edic. Pistense* 20, *R.*, II, 426), dal capitolare che prescrive il duello in caso di contraddizione fra i testimoni delle due parti (*Cap. legi addita*, 816, I. *R.*, II, 334), dai *Cap. leg. add.*, 818, 819, I. (*R.*, II, 31) etc. La lettera di Stefano V non fu conosciuta, o almeno non fu usufruita da Reginone; egli riporta invece il passo di Nicolò I contro il duello (II, 77), ma già si disse in quale senso lo intenda, ristretto cioè all'accusa d'adulterio. In questa accusa non si escludono però le altre ordalie, poichè troviamo per essa una *invocatio iudicii* (*R.*, II, 234): « De hoc quod mihi reputatum est in hac synodo, quod simul cum ista femina adulterium vel fornicationem fecissem, quod ego non ita feci nec inde me culpabilem recognosco. Sic me Deus adiuvet ad istud iudicium suum ».

Regino insomma pur scrivendo un trattato ad uso dei tribunali sinodali, ammette ordalie e duello; solo egli proibisce quest'ultimo agli ecclesiastici, riproducendo il capitolo citato di Hincmaro (*R.*, I, 214), salvo però a loro di porre per sè cam-

(1) Questa superstizione, secondo la quale, il sacro crisma poteva servire a turbare l'esito d'un giudizio di Dio, è ricordata da Regino anche nei cap. 72 e 300 del libro I e nel I. II, 3, 30, dove fra le domande da rivolgersi ai *testes synodales* si trova questa: « Si aliquis est, qui bibit aut manducat, aut portat super se, quod existinat Dei iudicium subvertere posse ».

pioni nelle cause ecclesiastiche a norma del capitolare riprodotto nel libro II, 334, citato.

L'uso di porre campioni in tali cause era generale; è degno quindi di nota un passo del *libellus de pressuris ecclesiasticis* di Attone, vescovo di Vercelli, morto verso il 960, che se ne lagna vivacemente. Attone si occupa solo del duello, che è il giudizio di Dio ordinariamente prescritto dal diritto franco-longobardo, e lo disapprova risolutamente in quanto usato dagli ecclesiastici; il duello è per lui un mezzo di prova solo *quorumdam laicorum*, anzi *nec in ipsis etiam omnino approbatur*. E qui ripete l'osservazione di Liutprando, che talora col duello gli innocenti sono condannati, i rei assolti, e la corrobora con esempi, la cui opportunità può essere veramente messa in dubbio, quelli cioè di S. Giovanni decapitato, di S. Lorenzo abbrustolito, e via dicendo. Riguardo agli ecclesiastici egli adduce vari testi che loro proibiscono di combattere od assistere a combattimenti, e, precorrendo quanto in seguito fu stabilito anche dai pontefici, non vuole neppure che essi combattano per mezzo di campioni (vicarii) e si lagna che vi siano costretti, e debbano così per purgarsi dalle accuse, rendersi rei (*nec purgari a crimine, nisi perpetrato crimine valeamus* (1)).

Da questo passo delle opere di Attone si vede quindi che a torto lo si ascriverebbe fra i veri avversari del duello; nè egli d'altra parte, proibendolo agli ecclesiastici, si faceva punto innovatore; gli resta però, se pur non erro, la priorità nell'aver sostenuto che all'ecclesiastico è anche proibito servirsi di campione.

19. — Fra le collezioni dell'XI secolo, ci si presenta prima quella di Burchardo di Worms (1012-1013), assai importante e molto usata dagli autori delle collezioni posteriori. Ciò che vi si riferisce alle ordalie è quasi intieramente tolto da Reginone, i cui capitoli I, 72, 214, 300; II, 5, 50, 43, 77, 234, 242, 243, 302, 381 sono riportati nella collezione di Burchardo ai cap. IV, 80; II, 163; XIX, 5; X, 25; VI, 7; IX, 51; IX, 79; IX, 40; IX, 41; XVI, 19; X, 25.

(1) ATTONE opera illustr. a D. Carolo Burontio del Signore, Vercellis 1768, p. 326, 328.

Salvo quindi i passi tolti dai capitolari, tutti gli altri che in Reginone si riferiscono alle ordalie, furono accolti da Burchardo. Questi inoltre riporta il cap. 24 del concilio di Seligenstadt, ed un capitolo dato talora come appartenente al concilio di Magonza e che si riferisce all'uxoricidio (1).

La lettera di Gregorio I, data da Burchardo, ix, 40, è anche riportata nella collezione di Anselmo (2) del 1086 (x, 25), la quale nonostante la grande importanza che ha, è ancora inedita; nè a me fu dato consultarla. È però certo, che in essa non si trova nessuno degli altri capitoli contenuti in Regino ed in Burcardo e nessuna delle lettere pontificie citate (3), per cui pare, che dei giudizi di Dio non si occupi punto.

20. — Più però che le collezioni di canoni ci svelano quale fosse l'opinione comune sui giudizi di Dio, i documenti, e specialmente alcune lettere di Ivone, vescovo di Chartres, morto nel 1117, d'Hildeberto, arcivescovo di Tours, di Goffredo vindocinense (+ 1132), e di Pietro Venerabile, eletto abate di Cluny nel 1122.

Le lettere di Ivone sono per noi veramente preziose, perchè ci rappresentano un'intiera teoria sui giudizi di Dio. Questi sono proibiti nelle cause ecclesiastiche (4), ed in ogni causa, quando

(1) BURCH., vi, 38. Parte di questo canone si trova già in REGINO, II, 74 (73. Integro lo dà invece il decreto di Ivone, e adulterato, la collezione torinese in 7 libri. (Cfr. in seguito pag. 397, nota).

Quanto ai capitoli del Sinodo di Seligenstadt, essi non appartengono veramente al decreto di Burcardo, ma sono da considerarsi come aggiunte posteriori. Infatti nel manoscritto vercellese xxxxiv, di cui mi servii esclusivamente, e che pare di poco posteriore alla compilazione dell'opera, il libro xx termina al cap. 110 coll'osservazione: *hic est finitus iste XX liber*, e seguono poi i canoni del concilio di Seligenstadt (*ex concilio in Selegunstat habito*) e varie altre aggiunte, fra cui noterò una lettera apocrifa (*Fratres et sacerdotes domini*) pubblicata da MAI (*Veterum Script. nova coll.*, vi, 124), come d'Eutichiano (Jaffé + 147), e che si trova qui senza titolo. La stessa trovasi pure in principio della collezione torinese in vii libri col titolo: *Sermo beati Leonis pp.*

(2) Come pure in LOMBARDI, *Liber sententiarum*, iv, 34 e Polycarpus, vi, 4, 17.

(3) Me ne accertai servendomi dell'edizione del decreto di Graziano, di Richter e Friedberg, del noto indice di Theiner, e limitatamente delle rubriche, pubblicate nello *Spicilegium Romanum*, t. vi p. 184.

(4) Ep. 74, Hildeberto. *Venomanensi episc.* (IVONIS, *Carnot. episc. Opera omnia*, Parisiis 1647, II, 37). « ... aliter namque innocentiam defendere est in-

v'è un'altro mezzo di conoscere la verità, poichè *quandiu habet homo quid faciat, non debet tentare Deum suum* (1). Quando però manchino affatto le testimonianze umane, si deve ricorrere al giudizio di Dio (2), ma *cautamente* e per *sentenza del giudice*, non per arbitrio privato (3). Quando altri ha provata la

» nocentiam perdere (cfr. le espressioni di Attone, sopra pag. 389): monomachiam enim et ferri calidi examinationem nec consuetudo ecclesiastica in » *discutiendis causis ecclesiasticis recipit, nec canonica auctoritas instituit* ». (Qui Ivone cita le lettere di Nicolò I, *Monomachiam vero etc.*), Stefano V (*Nam ferri candentis*) e Alessandro II (*Vulgarem denique*). Si potrebbe però sospettare che egli intendesse parlare solo dellé prove del duello e del ferro infuocato, poichè anche a Graziano balenò il dubbio, che a queste sole prove si riferissero le condanne pontificie. Ep. 280 (Op. cit., II, 118) *Lesiardo Suessonen-sium Episcopo*: un marito geloso aveva provocata la moglie ad *examinationem ferri candentis* (offerta da lei stessa) od al duello. Ma le leggi ecclesiastiche *pótius hoc prohibent quam iubent*, (e cita le lettere di Nicolò I e Stefano V). Il marito non potrà quindi convincere la moglie d'adulterio *nisi legitimo testium numero*.

(1) Ep. 183 (I. c., p. 76) *Wilelmo Paris. Archid.* » In huiusmodi autem causis » monomachia nullo modo admittenda est quia, secundum Beatum Augustinum, » *quandiu habet homo etc.* ». Ep. 252, *Radulfo Remorum Archiep.* «... nemo » debet tentare Deum suum quandiu habet quod faciat ».

(2) Ep. 252 cit. » Non negamus tamen quin ad divina aliquando recurrendum » sit testimonia, quando, precedente ordinaria accusatione, omnino desunt hu- » mana testimonia, non quod lex hoc instituerit divina, sed quod exigat incre- » dulas humana ». Così, dice Ivone, è proibito il giuramento, e pure se ne servì lo stesso S. Paolo. Ep. 249, *Gilberto Paris. Archidiacon.* (I. c., p. 107): La donna accusata d'adulterio deve purgarsi *probatarum personarum testi-monio*. *Vel si id facere non poterit, candentis ferri examinatione innocentiam suam comprobet*. (Innegabilmente però c'è contraddizione fra questa lettera e la 280 già citata sopra p. 390, n. 4).

(3) Ep. 205. *Gulielmo nobili et strenuo militi* (I. c., p. 87 seq.). Questo Guglielmo sospettava che la moglie avesse commesso adulterio; il presunto adultero si era perciò sottoposto spontaneamente alla prova del ferro rovente, ma ne era rimasto scottato; scrive perciò Ivone: » cauterium militis nullum tibi » certum prebet argumentum, cum per examinationem ferri candentis occulto » Dei iudicio multos videamus nocentes liberatos, multos innocentes sæpe dam- » natos. Præterea cum talis examinatio sit in Deum tentatio, non est mi- » rum, si divino auxilio deseritur cum incaute et sine iudiciali sententia » ab aliquo suscipitur. ... ». Epist. 252 cit. » Tunc enim tentat homo Deum suum, » quando, postposito ordine iudiciario, per examinationem candentis ferri vel » aquæ frigidæ divinum requirit testimonium ».

sua innocenza col giudizio di Dio, non v'ha più luogo ad altro giudizio (1), benchè talora si possa essere ingannati, *occulto Dei iudicio* (2).

V'è una forma speciale di giudizio di Dio, alla quale gli ecclesiastici non possono neppure presenziare, è il duello, non già perchè esso sia proibito, ma perchè da tempi antichissimi è vietato agli ecclesiastici prender parte a giudizi di sangue (3).

Le altre lettere citate confermano in tutto la dottrina di Ivone. Pietro Venerabile scrive al pontefice (4) lagnandosi di certi canonici, che avevano costretto un ecclesiastico, accusato di furto

(1) Ep. 232 (l. c., p. 99). *Hildeberto Cenoman. Episc.* « *Audivi enim quod vir ille de quo agitur, de obiecto crimine (incesto) examinatione igniti ferri se purgaverit... quod si ita est... contra divinum testimonium nullum aliterius investigandum intelligo esse iudicium* ».

(2) Vedi ep. 205 cit. sopra, p. 391, nota 3.

(3) Ep. 168 (l. c., p. 70). *Dainberto Senonens. Archiepisc.* « Quæ altercatio (per rivendicazione d'immobili) cum aliquandiu durasset, præcipimus iudicium fieri, iudicatumque est, quia hæc causa sine monomachia terminari non potest, et iudicium sanguinis nobis agitare non licebat, ut utraque pars iret in curiam Comitissæ... ». Ep. 247 (l. c., p. 106). *Joanni Aurelian. Episc.* Mi fu riferito, scrive Ivone, che due soldati si sono provocati a duello, « et hanc provocationem Ecclesia vestra iudicio confirmavit... Quod audientes valde mirati sumus, cum monomachia vix aut nunquam sine sanguinis effusione transigi valeat, iudicium vero sanguinis servanda patrum auctoritas clericos agitare prohibeat, et Romana ecclesia in legem non assumat... Faciant hæc cincti iudices, qui ad malorum vindictam gladium materiale portant, non qui contra nequitias spirituales gladio spiritus pugnant... Alioquin si alieni ordinis usurpatores fuerimus, nec nostri officii, quod postposuimus, nec alieni quod usurpavimus, meritum obtinemus ».

(4) PETRI VENERAB. Epist., l. vi, ep. 28. (*Biblioth. Cluniacensis*. Lut. Paris. 1614, p. 930). Il termine assegnato dai canonici è di venti giorni. Giunto il giorno prefisso « rogos maximus extractus est per cuius medium pedes transiret: ... quod cogebant concessit, atque se per ignem transiturum constantia resumpta promisit. Rogavit hoc solum ut virtus et iustitia omnipotentis Dei, exorcismi more, super pyram illam flammæam invocaretur, et ut aliquando factum audierat, in nomine ipsius benediceretur, quod optimi et pii indices prorsus negarunt. Perstat adhuc ille, et etiam per non benedictum ignem, conscientie ut arbitror testimonio confisus, transiturum se spondet... ». Si noti però che Pietro Venerabile mostra di dubitare anche delle ordalie in genere, dicendo che i canonici volevano « quatinus ignis preiudicio non iudicio, se, si posset, ab obiecto crimine expurgaret ».

a subire la prova del rogo, benchè egli invocasse un giudizio canonico. A questa sua proposta sarebbe stato risposto dai canonici, che essi sapevano benissimo *quod imperabant non esse canonicum, sed canonicorum conventum nullo ei modo alio crediturum*.

L'accusato aveva finito per accondiscendere alla prova, ma *gli ottimi e pii giudici* non avevano voluto benedire il rogo. Non saprei quale sia stata la risposta di Eugenio III, cui la lettera è diretta.

Anche Goffredo vindocinense scrivendo a Pietro, vescovo di Saintes (*Santonensium*), si lagna perchè un chierico del vescovo aveva sfidato a duello un monaco. Ciò è proibito dalle leggi ecclesiastiche; invita quindi il vescovo a provvedere, minacciando di ricorrere al pontefice (1).

Una lettera di un vescovo (2), di cui si ignora il nome, prescrive pure che al giudizio di Dio non si ricorra, se non come a mezzo estremo, non dovendosi tentare Dio. Per trascurare questa regola, si sarebbe spesso ingannati nei giudizi, poichè Dio è lungi da quelli che lo tentano.

In una lettera di Ildeberto, arcivescovo di Tours, vediamo infine la prova del ferro infuocato, usata da una ragazza per dimostrare di non aver avuto relazioni sessuali collo sposo, morto subito dopo le nozze solenni; ciò per poter sposare un fratello del defunto. Il vescovo non condanna punto l'ordalia, ma, invocando una regola del diritto romano, dice che nel caso concreto era inutile, perchè *non deformatio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis* (3).

(1) GOFFREDI *Abatis vindocinensis*, Epist. III, 39. *Biblioth. maxima patrum* XXI, p. 36.

(2) Citata da Jureto (nota all'epist. 74 di Ivone) ex antiquo exemplari Laudunensi: « Simoniaci non admittuntur ad iudicium si probabiles personæ etiam » laicorum vel fœminarum præcium se ab eis recepisse testantur, *nec aliud » est pro manifestis venire ad iudicium nisi tentare dominum. Unde et » fallimur multoties in talibus, quia Deus longe est ab his, qui tentant illum ».*

(3) HILDEBERTI *Cænoman. episc. (dein Turonensis Archiep.)* Epist. 7 e 14 (*Biblioth. max. patrum*, XXI, p. 124).

21. — Fra le collezioni del XII secolo, tengono un posto importante la *Pannormia* di Ivone (1) ed il *Decreto*, che pur a lui si ascrive, benchè l'attribuzione non sia certa.

Quali fossero le idee di Ivone sui giudizi di Dio, lo abbiamo già desunto dalle sue lettere. Nella *Pannormia* egli le conferma proibendo l'uso dei giudizi di Dio nelle accuse contro ecclesiastici (v, 8) coll'addurre la lettera di Alessandro II, ed approvandolo invece nelle accuse d'adulterio, e nelle controversie matrimoniali, riportando l'*invocatio iudici* data da Regino, le disposizioni del decreto Vermeriense, e il passo di Rabano contenuto in Reginone e Burchardo (vii, 39; vi, 118 e 115): salvo errore, è questo quanto si contiene nella *Pannormia* sui giudizi di Dio, mancano quindi i canoni più importanti. Questi si trovano

(1) Mi servii dell'edizione di Lovanio, 1557, come è noto scorrettissima, inoltre di un codice della Biblioteca nazionale di Torino, segnato E, v, 16 (PASINI, II, 284, n° 905) del XII sec. (nel catalogo a stampa xni). L'opera vi è divisa in parti secondo l'espressione del prologo (però la parte viii è detta già *liber*) ed in capitoli non numerati, e termina col cap. 136 dell'viii parte, mancando così i restanti capitoli, che sono forse aggiunte posteriori, poichè non figurano nella *divisio libri* del prologo. Dopo il cap. 136, il codice ha *Explicit*, e poi sei altri capitoli, di cui tre si trovano nel *Decretum* e in BURCHARDO (iv., *Decr.*, III, 45; vi, 281. BURCH., III, 40; II, 206; III, 41); degli altri tre non so se siano accolti in altre collezioni, ma si dicono tolti, uno da S. Agostino (*Excommunicatio nem semper debet precedere*), due *ex decretis Gregorii pp.*, cap. v e vi. « Cum episcopus suam diocesim visitat nulli etc Si episcopus vel languore detentus etc. »; al disopra di Gregorio sta scritto *toletano*. Sin oltre alla metà del libro sono aggiunti in margine gli argomenti di molti capitoli; si trovano anche, ma raramente, aggiunte e glosse marginali ed interlineari, il tutto della stessa mano che scrisse il testo. Una di queste aggiunte interessa noi direttamente, perchè contiene il canone del concilio di Treviri: *Nobilis homo* (f. 78, 2, corrispondenti all'edizione lib. iv, cap. 86, che giustamente il manoscritto scinde in due). Il testo, senza potersi dire correttissimo, è però immensamente superiore a quello dell'edizione, da cui differisce pure talora nell'ordine dei capitoli, e specialmente nel riunire o scindere capitoli divisi o riuniti a torto dall'editore. Così, per ciò che ci riguarda, sono riuniti i cap. 7-8 del libro v. L'opera incomincia al foglio 1° con questo titolo: *Incipit prologus pannormie* (coi puntini cancellanti) *vel pannormie Ivonis venerabilis carnotensis episcopi de multimoda distinctione scripturarum sub una castorum eloquiorum facie* (manca nell'edizione) *contenturum*. E dopo il prologo e la divisione del libro: *Incipiunt pannormie Ivonis carnotensis episcopi*.

invece in maggior numero nel *Decretum* (1), riportati in gran parte da Burchardo. Vi troviamo i capitoli sul crisma, che può servire per turbare l'esito dei giudizi di Dio (I, 274; VI, 254), sulle contese coniugali (VIII, 178, 179), i canoni del concilio di Seligenstadt, e l'*invocatio iudicii* per le accuse d'adulterio (xv, 173, 180; VIII, 215), la proibizione del duello in tali accuse (VIII, 187, *monomachiam etc.*), la prescrizione del Sinodo di Worms nell'accusa d'omicidio d'un sacerdote (x, 134), e la lettera di Alessandro II (*vulgarem denique*, x, 15). Inoltre nel decreto di Ivone comparé infine per la prima volta la lettera di Stefano V (*Consuluisti... nam ferri candentis*, x, 27) col titolo *quod homicidæ sint qui filias dormientes oppresserint*, non tenendosi quindi conto della proibizione dell'ordalia.

22. — Alla fine dell'XI secolo, o al principio del XII appartiene pure una grande collezione in 7 libri, contenuta nel manoscritto torinese D. IV, 33 (2) e composta specialmente dalle collezioni di

(1) *Decretum D. IVONIS ep. Carnutensis*, Lovanii MDLXI.

(2) Su questa collezione, che mi propongo di studiare più accuratamente, do ora solo alcuni ragguagli, per giustificare quanto dissi nel testo.

Il manoscritto della Nazionale di Torino, segnato D, IV, 33, fu scritto nella prima metà del XII sec. e consta di 169 fogli di mm. 265 x 180 numerati recentemente. Ogni pagina è regolarmente di 41 linea. I primi 20 fogli sono occupati dall'indice dei canoni col titolo: *Incipiunt capitula canonum liber 1. us contra heresim neophitorum et acephalorum*. Segue la collezione fino a tutto il foglio 165, poi varie aggiunte, fra cui uno scritto di Ivone: *Quæ discretione intelligendi sunt canones etc.*, il così detto *dictatus papæ* (*Gregorius pp. VII Capitula*), parte degli atti del concilio di Melfi del 1089, e un capitolo *ex registro Urbani pp.*

Il codice è scritto da una sola mano, salvo forse una parte delle aggiunte, per le quali si può dubitare. Si tratta poi evidentemente d'una copia non del manoscritto originale, come si vede sia dai frequenti errori nella numerazione dei canoni, sia dal trovare fin dal principio un repertorio, i cui numeri non concordano quasi mai con quelli della collezione, per le aggiunte che si fecero in vari luoghi, sia infine per i titoli dei singoli libri, che mal s'accordano col contenuto e talora furono tolti sbadatamente dal primo canone. I libri, come già si disse, sono sette, e contengono in tutto poco meno di 1400 canoni, cioè: libro 1° (nel testo senza titolo) can. 45; libro 2° (*De accusatoribus*) can. 97 (nell'indice 96); libro 3° (indice: *De electione episcoporum et de symoniacis*; testo: *De prelati imperitisque peregrinis neophitis simoniacis*) indice can. 209,

Burchardo ed Anselmo, dalla collezione del codice Cassinese 552, studiata da Theiner, dalle opere dei santi padri, dagli atti di parecchi concilii, da lettere pontificie Pseudo-isidoriane, e forse

testo 218; libro 4° (*de ecclesiis*; il testo aggiunge *Ysidoriis* per confusione colla rubrica del primo canone) can. 267; libro 5° (indice: *De corpore et sanguine domini, et iuramento et baptismo et de nuptiis*; testo: *De consecratione crismatis*) can. 266; libro 6° (ind. senza titolo; tes o *De his qui ab hereticis ordinantur*) indice 272, testo 290; libro 7° (*De penitentia*; testo: *quo tempore presbiteri plebium canonica auctoritate discordes ad pacem et penitentiam compellere debent ex Penitentiali Romano*) indice can. 197, testo 210.

Il libro primo della collezione si apre col *Sermo beati Leonis pp.* (Cfr. sopra pag. 390, n. 1) e con un'epistola formata; il resto del libro primo ed il libro secondo fino al cap. 63 presentano grandi analogie colle prime 14 rubriche della collezione del manoscritto cassinese 552, illustrato da THEINER (*Disquis.*, p. 338 seq.). Le 14 rubriche sono infatti riprodotte quasi tutte nello stesso ordine, e corrisponde perfettamente il numero dei capitoli d'ogni singola rubrica; pare però, a quanto si può giudicare dalle scarse notizie date da Theiner, che non tutti i capitoli siano eguali.

Per dare un saggio delle fonti della collezione torinese basteranno ora i seguenti dati: i c. I, 26-40 corrispondono ad Anselmo IV, 1-9, 13-18; i c. I, 43-44 ad Ans., V, 60-61; i c. II, 74-84, 86-87 a Burcardo, XVI, 7-9, 17-24, 33, 35-36; i c. III, 82-84, 87-93, 95-100, a Burcardo, II, 40, 42, 44, 51, 53-58, 63-64, 70, 72-74; i c. IV, 1, 3 10 a Burcardo III, I, 58, 10-11, 13, 16, 6-7; i c. V, 2, 4-6 a Burc., IV, 1, 4, 3, 5, ecc. Trovo poi un numero relativamente piccolissimo di canoni comuni con altre collezioni e non con quelle di Anselmo e di Burcardo. Così, secondo il noto indice del Theiner, i c. II, 67, 89, 92, si troverebbero solo nella *Ans. dic.*, III, 64, 67, 138; i c. I, 11, 19 corrisponderebbero solo alla *Pannormia*, IV, 12, 10; i c. III, 119, V, 244 solo alla *Cesaraugustana*, VIII, 59, XII, 83. Il c. VI, 13 si trova solo in Graziano D, 88, c. 8; vi sono poi specialmente nel libro sesto, canoni che non trovai in nessun'altra collezione; ma sono tratti dai santi padri, dai concili e da lettere pontificie, o da decretali pseudo-isidoriane.

Ricordai già la lettera d'Hincmaro che occupa i c. V, 245-261 (f. 87 a 96); inoltre i c. VI, 52-55 figurano tolti da S. Agostino; da Cipriano il VI, 59; da Ambrosio il VI, 60; da Gregorio Magno il VI, 63-65, 67 e via dicendo. Il cap. VI, 151 riproduce la lettera Pseudo-isidoriana di Clemente a Giacomo (*Notum tibi facio*, HINSCHIUS, p. 30); i c. VI, 66, 68, 75, 77, 78, 90 contengono parimenti frammenti e sentenze tratte da decretali Pseudo-Isidoriane frammiste con altri materiali; i c. VI, 103 e seq. contengono i 20 canoni del conc. Niceno, 4 del conc. Costantinopolitano I, ed i 23 primi del conc. Calcedonense; i c. VI, 180 seq., contengono poi sotto il titolo di Gregorio VII canoni del conc. Romano del 1078 (JAFFÉ, *Mon. Gregor.*, p. 332), del conc. di Poitiers del 1078, di Melfi del

da altre collezioni. La data della compilazione non si può far risalire oltre il 1095, anno in cui fu tenuto il sinodo di Piacenza, i cui atti sono già usufruiti dal compilatore; per contro non mi pare ben certo che questi conoscesse già la *Pannormia* ed il decreto d'Ivone; certo non se ne servì molto. Parimenti non trovo indizio d'uso diretto delle fonti del diritto romano e dei capitolari.

1089, di Piacenza del 1095. Dello stesso Gregorio VII il c. vi, 30 da una lettera del 1081 ed. in LAFFÈ, *Mon. Greg.* 453. (LAFFÈ, *Reg.*, 5201). Per quanto ho potuto finora verificare, sono questi i materiali più recenti usufruiti dal compilatore, per cui la data della collezione si può con sufficiente certezza porre agli ultimi anni dell'XI secolo, e ciò anche tenendo conto delle aggiunte e dei dati esterni. Patria della collezione è forse l'Italia, come si vede specialmente dal non trovare traccia alcuna del diritto dei capitolari (Cfr. SAVIGNY, *Storia del diritto Romano*, (trad. Bollati), I. II, cap. 15, § 100, n. f., vol. I, p. 447). Fra le fonti della collezione dobbiamo ancora aggiungere il penitenziale romano, e lo Pseudo-Teodoro, citati però a quanto pare sulla fede di Burcardo. Del resto, come dissi, sull'edizione torinese, mi riservo di ritornare altrove, e tenendo conto, di altre collezioni, come quella, quasi contemporanea, di Deusdedit, e presente per ora con riserva i risultati ottenuti specialmente colla scorta dell'indice del Theiner, che ebbi a verificare troppe volte incosatto. Trascrivo intanto come saggio quelli fra i capitoli riguardanti i giudizi di Dio, che presentano varianti notevoli.

VI, 259 (do in parentesi le aggiunte o varianti di Graziano) « Monomachiam » (vero) in lege non adsumimus quam preceptam fuisse non legimus (repe- » rimus). Quam licet comisse (iniisse) quosdam legamus sicut sanctum David cum » Golia (et Goliath sacra prodit historia), nusquam tamen ut pro lege habeatur » vel teneatur (teneatur), alieni (divina) sanxit auctoritas, cum hoc et huius- » modi sectantes deum solummodo temptare videantur ».

VII, 31. (Graz., C. XVII, q. IV, c. 24) « Item ex concilio magotiensi. (Qui pres- » biterum occiderit... si servus super XII vomeres ferri se expurget. Convictus » noxa usque ad ultimum vitæ suæ militiæ careat et sine spe coniugii maneat ».

VII, 47. (Iv., *Decret.*, X, 167) (Si) maritus uxorem aut uxor maritum inter- » fecerit, equum iudicium sit super eos. (.....) Si negaverit et non potest vinei » manifestis indiciis, si liber est cum LXX duobus iuret (iuret cum XII), si » servus vel ancilla, super XII vomeres ferventes (ferventi ferro) se purget. » Si convictus fuerit, seculum relinquat, et in monasterio peniteat. Eadem » lex erit illi qui seniores suos interficit (sin autem moriens maritus uno » vel duobus audientibus de morte eius igni paverit non ideo erit victus, sed » si liber est cum septuaginta duobus iuret, si servus super XII vomeres fer- » ventes se purget. Eadem lex erit marito uxorem accusanti ». (Cfr. REGINONE, II, 74 (73). BURCH., VI, 38.

Riguardo ai giudizi di Dio, la collezione torinese riproduce in gran parte i capitoli già contenuti in Burchardo e Reginone; infatti i cap. II, 79; V, 43, 156; VI, 259; VII, 31, 47 corrispondono ai capitoli di Reginone II, 302; I, 72; II, 381; II, 77; II, 43; II, 74. Inoltre troviamo i due canoni del concilio di Seligenstadt (VII, 202-203) che si trovano in Burchardo, e la lettera 37 di Hincmaro, che nel punto riferentesi alle ordalie è segnata, come si disse, colla rubrica: *In qua causa iusiurandum, et in qua iudicium fieri debeat.*

23. — Veniamo infine alla più celebre collezione di canoni, al decreto di Graziano.

Graziano, dovette già riconoscerlo Hildenbrand (1), non è punto contrario risolutamente ai giudizi di Dio. Due dei canoni che prescrivono le ordalie nel modo il più esplicito, cioè il c. 24, C. XVII, q. 4 ed il c. 15, C. II, q. 5, contenente l'uno le prescrizioni del concilio di Magonza (*Qui presbyterum occiderit*), l'altro quelle del concilio di Treviri (*Nobilis homo*) sono bensì *paleæ*, (per cui non si trovano glossate, per es. nell'*Apparatus* di Guido de Baysio) (2), ma lo stesso Graziano pare finisca coll'ammettere almeno alcune ordalie nella C. II, q. v.

Egli incomincia dal dire che le prove dell'acqua bollente e del ferro infuocato sono proibite (3), adducendo la lettera di Stefano V (l. c., III *Pars etc.*, XX), ma osserva che a ragione (*non immerito*) si dubita che questa lettera debba intendersi limitata alle due forme d'ordalia in essa ricordate, e ciò per l'esempio della prova delle acque amare, e per la lettera (apocrica) di papa Gregorio; è bensì vero che le ordalie in genere paiono condannate da Stefano V, che richiede la spontanea confessione

(1) Op. cit., pag. 119.

(2) Ms. della Nazionale di Torino, E. I, 6, sec. XIV. PASINI (II, n. cclxv) lo dice del XV ed indica come GUIDO DE BAYSIO *in libros Decretalium* (!) il Ms. n. cclxvi (ora G. I, 14) che contiene invece la *Novella in Sextum* e la *Questiones Mercuriales* di JOH. ANDREÆ, ed è del sec. XV non XIV.

(3) Perciò Emone (+ 1237) annovera l'uso del ferro infuocato fra le colpe, per cui la Frisia era gravemente punita: *Ferri candentis purgatio non aboletur contra illud*, II, q. 5. (*Emonis Chron.* a. 1219. M. G. H. SS., XXIII, p. 491.)

o la prova testimoniale (iv *Pars*), ma in senso contrario sono le decisioni dei concilii di Worms e Seligenstadt.

Del primo si adducono due canoni, che prescrivono la prova dell'eucaristia per i furti commessi nei monasteri e per le accuse criminali mosse a preti o vescovi (c. 23 e 26) (1); del concilio di Seligenstadt, sono accolti i due capitoli già riportati da Burcardo, in cui si prescrive il giudizio di Dio nelle accuse d'adulterio. Al principio della iv *pars*, prima di questi canoni, si trova anche il frammento della lettera di Nicolò I (*Monomachiam*) colla rubrica: *in novo testamento monomachia non recipitur*, e al c. 7, il noto passo della lettera di Stefano V (*Purgationem tamen... vulgarem denique*) mal a proposito congiunta con una lettera di Gregorio Magno (*Mennam vero*).

In somma, leggendo la questione di Graziano, ci resta infine l'impressione, che i giudizi di Dio non siano punto condannati. Si noti poi, che non vi è ancora distinta la *purgatio canonica* dalla *vulgaris*, e parrebbe anzi che dei giudizi di Dio vi si tratti solo in quanto si riferisce ai tribunali ecclesiastici, poichè dopo aver prescritto il giuramento di purgazione nelle cause ecclesiastiche, si apre la questione sui giudizi di Dio coll'osservazione: *iuramento vero candentis ferri vel ferventis aquae purgatio non est adicienda*, continuando poi col metodo scolastico sovra esposto.

24. — La distinzione netta fra la *purgatio canonica* e la *vulgaris* si può dire solo compiuta verso la fine del XII secolo (2).

Generalmente la parola *purgatio* era presa in significato esteso (3) per indicare la purgazione dell'accusato, qualunque essa

(1) Questi due canoni si trovano già in REGINO, II, 276-277 e in BURCHARDO, XI, 66; II, 199. Il secondo anche in IV., *Decr.*, VI, 272. Non ne tenni conto perchè non è ben certo che l'eucaristia, quale è in essi prescritta, sia vero giudizio di Dio, benchè in uno si trovi il detto: *Corpus domini sit mihi ad probationem hodie*.

(2) Cfr. HILDENBRAND (p. 94, seq. 121-122) di cui accetto qui l'opinione.

(3) Talvolta *purgatio* è presa anche in senso più ristretto per indicare la sola purgazione per mezzo del giuramento. Così nel celebre manoscritto torinese delle *Exceptiones Petri*, D, V, 19 (f. 48 in fine) trovo la definizione: *Purgatio est per religionem iuraturandi a labe suspicionis exoneratio*.

si fosse, in opposizione alla prova dell'attore; e ciò ci spiega come Alessandro III parli già di *purgatio canonica* (1), cioè prescritta dai canoni, e come questa espressione sia divenuta a poco a poco tecnica. Si trovò allora naturalmente quella opposta di *purgatio vulgaris*, che, in qualche modo, può dirsi suggerita da Alessandro II, il quale chiamò l'ordalia col nome di *lex vulgaris a nulla canonica sanctione fulta*.

Sicardo da Cremona è il primo autore da me conosciuto che separi completamente la *purgatio canonica* dalla *vulgaris* nella *Summa* da lui composta fra il 1179 e il 1181 (2). Egli scrive: « Est ergo purgatio puritatis assertio. Est autem purgatio: vulgaris... hæc ab ecclesiastico debet esse relegata iudicio et maxime in clericis: canonica: et hæc est comprobata per ecclesiam ».

Il *codex compilationis* del cardinale Laborans (3), compilato verso il 1182, distingue pure la *purgatio canonica* dalla *vulgaris*; segue poi la lettera già citata di Lucio III, il quale scrive che non basta la *purgatio* prestata dall'accusato (ordalia) *quia peregrina iudicia sunt inhibita*, ma è necessaria la *purgatio canonica*; infine la *compilatio* prima di Bernardo da Pavia (4), scritta fra il 1187 e 1191, ha due rubriche distinte per la *purgatio canonica* e la *vulgaris*, ed è seguita in ciò da tutte le compilazioni posteriori.

25. — Dopo Graziano, lo stato d'incertezza dura nella dottrina per circa un secolo. Sicardo da Cremona nella sua *Summa* già ricordata, proibendo recisamente l'uso della *purgatio vulgaris* nei giudizi ecclesiastici, non osa condannarla nei secolari *tum propter consuetudinem, tum propter institutam ab ecclesia benedictionem*, ma preferirebbe non fosse usata, perchè pare vi

(1) In una lettera riportata da Hildenbrand, p. 92, e che si trova nella collezione Cassellana (pubblicata da BÖHMER, *Corpus iuris can.*, Hale 1747, II, App. p. 181; t. XXI, c. 12.

(2) Cfr. SCHULTE, *Gesch. der Quellen etc.*, I, 143-145. La *summa* è ancora inedita, ma la parte che ci riguarda è pubblicata in appendice ad Hildenbrand da un manoscritto della biblioteca di Monaco.

(3) Cfr. SCHULTE, *Op. cit.*, I, p. 148-149. THEINER, *Disquis.*, p. 3 seq., 399-446. Anche questa compilazione è inedita, e citata sulla fede di Hildenbrand, 97.

(4) Cfr. SCHULTE, *Op. cit.*, I, 82.

si tenti Dio, e d'altra parte l'Apostolo indica il giuramento come mezzo di terminare ogni controversia (1). Pochi anni dopo la *collectio Lipsiensis* è più che mai favorevole ai giudizi di Dio, perchè unendo in un sol titolo la *purgatio canonica* e la *vulgaris*, non riporta su quest'ultima che le disposizioni dei concili di Magonza e Treviri (2).

Le stesse sono anche esclusivamente riportate nella *Compilatio prima* al titolo: *De purgatione vulgari* (v. 30), mentre al titolo: *de clericis pugnantis in duello*, la stessa compilazione riporta la proibizione di Alessandro III (3). La *compilatio II* accoglie esclusivamente le citate decretali di Celestino III (4).

Colla *compilatio quinta* di Onorio III, e colle decretali di Gregorio IX, l'ordalia, come già si disse, è infine definitivamente condannata, e perciò la letteratura posteriore non può essere che di mediocre interesse per noi. Ai giuristi sottentrano ora i teologi, gli scrittori per il foro interno, i quali, specialmente riguardo al duello, che solo oramai aveva una certa importanza pratica, seguono due correnti diverse, una di estremo rigorismo, che fa capo allo stesso Raimondo di Pennaforte, un'altra molto più moderata e per così dire di conciliazione.

Raimondo di Pennaforte, poco dopo la compilazione delle decretali, scrisse la sua *Summa*, che ebbe una diffusione ed una influenza straordinaria (5): in essa condanna il duello anche fra i laici, nonostante l'esempio di Davide, corregge la falsa etimologia di *crimen perduellionis*, che Placentino voleva così detto dal duello ordinato nelle accuse di lesa maestà, ed asserisce che

(1) *Quæst. V.* (in Appendice ad HILDENBRAND, p. 185-188). Cfr. sulla *Summa*, SCHULTE, I, 143 seq.

(2) *Coll. Lips.* (ed. FRIEDBERG) XXXVIII. *De purg. can. et vulg.*, 3. *Qui presbyt. occiderit* (col tit.: *ex conc. Guarnac.*): 4. *Nobilis homo*.

Sulla collezione cfr. SCHULTE, I, 78.

(3) V. 12. 1-2 = *Decr. Greg.* IX, v, 14, 1.: r. 20, 1.

(4) V. 8. *De cler. pugn. in duello*, 1-2. — V. 16. *De purg. vulg. c. un. Cura suscepti regimints...*

(5) Cfr. SCHULTE, II, 411. La *Summa* fu compilata dopo il 1234, ma prima della *Summa* di Goffredo de Trano. (1241-1243).

la consuetudine non scusa dal peccato mortale, nè l'aver accettato il duello *iudice compellente* (1).

Tutto ciò è ripetuto da Goffredo de Trano, e da questo attinge poi direttamente l'Hostiense (2).

Per contro, alcuni scrittori sostenevano che chi accettava il duello per ordine del giudice, e quindi costretto, non peccava: tesi questa combattuta già da Celestino V (3), ma accolta ancora nel XVII secolo da Céspedes, che citando parecchi autori, considera il duello come una specie di legittima difesa, e lo permette quando, non combattendo, si perderebbe la grazia del principe o l'impiego (4).

26. — Questa seconda opinione è ampiamente svolta in una *Summa* conservata in un manoscritto torinese, apparentemente della prima metà del XIV secolo (5), e che mi parve degna di

(1) SANCTI RAYM. DE PENNAFORTE, *Summa*. Veronæ 1744, l. II, t. 3. *De duello*.

(2) *Summa* GOFFREDI DE TRANO.... in *titulos Decretalium*. Venetiis 1570. *De cler. pugn. in duello*, f. 206-207. Cfr. anche f. 226, *De purg. vulg.* HENR. DE SEGUSIO, *card. Hostiensis, Summa Aurea*. Aug. Taur., 1579, f. 301 *de cler. pugn. in duello*, f. 329, *de Purg. vulgari*.

(3) S. CELESTINI PP. V, (m. 1296). *Opusculum IX*, c. 8. *De duello* (*Bibl. max. patrum, XXV*). *Duellum est singularis pugna inter duos ad probationem veritatis: non debet fieri neque inter laicos, quia hoc est tentare Deum. Quidam dicunt quod qui se offert sponte peccat, qui vero coactus non peccat, sed contrarium tene ut probabilius*.

(4) CESPEDES, *Dubia militaria*, 1643. dub. 34, p. 66-67.

(5) Segnato E. v, 15 ed indicato nel catalogo, n. CMIV, come *Parisiensis Summa canonum*, senza alcuna ragione per quanto ho potuto conoscere, benchè il manoscritto sia probabilmente francese. La *Summa* è divisa in 58 titoli, di cui i soli primi 56 hanno un'indice delle rubriche e dei capitoli, che occupa i primi 20 fogli del manoscritto. Il testo comprende 250 fogli: seguono poi due fogli di aggiunte, fra cui una in antico francese. Le rubriche corrispondono in parte a quelle delle decretali di Gregorio IX, ed è a notarsi che alcune, che si trovano in questa collezione e nella *Summa*, mancano nelle *Quinque compilationes antiquæ*. È però difficile precisare l'epoca e l'autore, perchè non vi è prefazione, e per quanto ho veduto, mancano affatto le citazioni di altri autori, anzi delle stesse decretali. Forse l'opera sarà conosciuta, ma scorrendo diligentemente il secondo volume della storia delle fonti di Schulte, non mi venne fatto di poterla identificare, e mi mancò tempo e mezzi

speciale menzione. In essa si equipara espressamente il duello alle altre ordalie, e lo si proibisce anche ai laici sotto pena di peccato mortale, ma si finisce coll'ammetterlo quasi mezzo di legittima difesa, tanto nelle cause penali, quanto nelle civili, purchè naturalmente non vi sia altro mezzo di difesa, e si tratti di laici. Gli ecclesiastici debbono invece ricorrere ai loro vescovi, i quali debbono assisterli, nè vi è scusa per il *clericus feudatarius*. Questo rigore per quanto si riferisce agli ecclesiastici è però più apparente che reale.

Le decretali stabilivano espressamente, che qualunque ecclesiastico combattesse in duello in persona propria, o per ministero di campione (*per se vel per alios*) diveniva irregolare, ed a questa regola non si poteva direttamente opporsi: quindi l'autore della *Summa* è costretto di appigliarsi ad un mezzo termine, ritenendo gli ecclesiastici irregolari quando altri combattesse per loro mandato speciale, non quando gli *yeonomi*, *ballivi et prepositi seculares* combattessero per i vescovi, abati e capitoli in virtù del mandato generale di difendere i beni ecclesiastici. Ciò doveva avere in pratica molta importanza, e ci

di intraprendere ulteriori ricerche. Darò ad ogni modo alcuni dei passi citati nel testo, con cui altri potrà facilmente riconoscerla.

Tit. xi. *De duello*. (f. 100) « Queritur autem an per consuetudinem, que » ubique generaliter invaluit, a mortali peccato excusari possit vel non. Et ad » hoc dicunt quidam simpliciter quod nulla consuetudo vel iuris corruptela po- » test aliquem excusare, nec sic minuitur peccatum, sed augetur.... In causa » ergo criminali de periculo corporis; et in causa civili de rebus amittendis » duellum non debet offerri. Sed oblatum sive illatum potest licite (Ms. illicite) » recipi, non spontanee sed coactive et compulsive, ad se defendendum et sua » et hoc intelligas de layco... ».

Tit. L. (f. 187, v). « De inquisitionibus et purgationibus. Purgationis species » sunt due, canonica et vulgaris. Canonica que fit per iuramentum ipsius dif- » famati, quod quandoque sufficit, vel per iuramentum etiam testium compur- » gantium quando iuramentum solum non sufficit, et hec permittitur et appro- » batur in ecclesia Dei tamquam bona utilis et honesta: vulgaris que fit ferro » candente; aqua frigida vel ferventi, pane et caseo, monomachia, hoc est » duello et ceteris huiusmodi, que maledicta et reprobata sunt a sacris cano- » nibus. Nullus enim per hec et similia debet dominum temptare *quandiu* » habet quod rationabili concilio faciat, unde non audeo a mortali peccato » excusare aliquem secularem, qui hoc faciat... ».

spiega come nella nomina di questi rappresentanti, detti in Italia comunemente *advocati*, o *advocatores* (1), non si trovi più ricordato il duello dopo la pubblicazione delle Decretali di Gregorio IX, mentre lo era spesso prima, e quantunque naturalmente non sia scomparso d'un tratto dalla pratica.

27. — Per non moltiplicare inutilmente le citazioni tralasceremo affatto gli autori del XIV secolo ed i posteriori, i quali, specialmente nei commenti alle due massime collezioni canoniche, si occupano in generale dei giudizi di Dio solo per ricordarne la proibizione (2).

Parimenti non ci tratterremo sopra i numerosissimi documenti, in cui troviamo il duello e le ordalie usate in cause ecclesiastiche (3): a queste cause appunto si riferiscono in gran parte i documenti rimastici, nè è da stupirsene considerando la loro consueta provenienza da archivi ecclesiastici.

(1) Cfr. FICKER, *Forschungen*, II, 20 e passim. Egli stesso cita il *Liber Pap. Karoli*, 22. Idem *Loth.*, 9. *Exp.*, un diploma imperiale del 1037 per la diocesi di Mantova, ed un altro del 1068 di Anselmo vescovo di Lucca, già ricordato sopra.

(2) Cfr. ad es. ABBATIS PANORMITANI, *Comment. etc.*, Venetiis 1617, tomo VII, f. 139. *De cler. pugn. in duello*, f. 213. *De purg. vulg.*: Gratiani *Decret. libri V, secundum Gregorianos Decretalium libros per loh. a TURRECREMATA* Romæ 1626, vol. II, p. 398, 760, 794. (Cfr. sull'opera SCHULTE, II, 324 e n. 2°). Più tardi ancora una lunga trattazione sulle ordalie si trova nelle già citate *Disquisitiones* di Martin Del Rio, da cui attinge assai il GUACCI nel suo *Compendium maleficarum* parimenti citato. (Mediolani 1626, 2ª ed. fatta vivente ancora l'autore, pag. 217 (*De sortibus*), 251-273).

(3) Basti accennarne alcuni, a partire dal X secolo, in ordine cronologico: a. 935 (Parma. FICKER, *Forschungen*, IV, II, 23). a. 961 (D'ACHERY, *Spicilegium*, t. III, p. 376. *Ex chartulario Belliloci*). a. 971 (MURATORI, *Antich. Estensi*, I, 152). a. 999 (Farfa, MABILLON, *Annales Bened.*, IV, 129). a. 1010 (MURAT., *Antiquit. ital. M. Aevi*, III, 643). a. 1014 (MURAT., I. c., 639, Monastero delle monache d'Anglesia). a. 1014 (MABILLON, I. c., 705). a. 1015 (Ferrara, FICKER, I. c., n. 46). a. 1054 (I. c. 64). a. 1091 (I. c. n. 88). a. 1096 (BALUZI, *Miscell.*, ed. MANSI, III, 59). a. 1098 (FICKER, I. c., n. 91). a. 1164 (I. c., n. 135). In tutti i documenti citati, una almeno delle parti è ecclesiastica, e vi si offre il duello, o si combatte. Vedi anche un privilegio del 1028, con cui si accorda al vescovo di Novara, *licentiam dirimendi legali seu duellari diffinitione emer-suras contentiones* (MURATORI, I. c., 64). UGHELLI, IV, 1028. Secondo RANZA, *Diss. sopra il mosaico d'una monomachia*, 1784, p. 14, questo privilegio sa-

Piuttosto gioverà ora trattenerci alquanto sopra le formalità, che accompagnavano i giudizi di Dio, e che in parte si devono al clero cattolico. I manoscritti (salvo rarissime eccezioni, liturgici) che ci tramandarono i così detti *Ordines iudiciorum Dei*, sono numerosissimi; nessuno però, per quanto io mi sappia, è anteriore al ix secolo: gli *Ordines* stessi, come è ormai risaputo, si dividono in due categorie, inglese e franco-germanica (1). Come tipo dei rituali inglesi (2), che del resto passarono anche nel continente, si può considerare il cosiddetto *Ordo Dunstani* (3): invece i franco-germanici (4) presentano fra di loro maggiori differenze, ma pare che molti fra essi abbiano

rebbe stato riconosciuto in una sentenza del 1219, da Giacomo vescovo di Torino e vicario imperiale): altro del 1037 ai vicari del vescovo di Mantova, esonerati dai pesi pubblici, *ut... causas ipsius ecclesie perficere possint... per pugnam* (MURAT., o. c., I, 612); altro del 1052 al clero di Volterra *per Duelium qualibet legali sententia litem diffinire* (MURAT., o. c., III, 641): *Ludov. VI Regis preceptum de libertate testandi et bellandi pro servis eccl. Parisiensis*, a. 1109. (BALUTH, o. c., III, 62); altro *pro ecclesia Carnotensi* (D'ACHERY, o. c., III, 481); *privilegio di Luigi VII ai canonici di S. Genoveffa* (QUERRETANUS in *Biblioth. Cluniac.*, p. 160). Del diritto che avevano molti vescovi di presiedere ai duelli parleremo nel capitolo seguente. Si vedano ancora parecchi documenti pubblicati dal QUERRETANUS, I. c., p. 156 seq. (cioè *Ex chartul. Maioris monasterii*, charta 37, 122. *Præceptum de Vicaria Anthoniaci. Monachi S. Martini*, charta 9, 159. *Charta de Verreriarum ecclesia*, *Notitia de Molendino Fulberti*), e nelle note di Sirmondi (I. c., p. 107) *Haimerici... cum Theodorico S. Albini abate controversia* (e *tabul. S. Albi in Andeg.*) in cui l'abate si offre *aut calidi ferro iudicio « secundum legem monachorum » per suum hominem probare, aut scuto et baculo secundum legem secularium defendere.*

(1) Cfr. GENGLER, *Zur Gesch. der Ordalien-Liturgien des MA.* in *Anzeiger für K. der d. Vorzeit.* II, (1855), p. 15, 38-39, 70-71, 87.

(2) Con essi si accordano intieramente le prescrizioni delle leggi anglo-sassoni, specialmente INA, 77. *ÆTHEL.*, I, 23.

(3) È pubblicato in appendice alla citata edizione di ZEUMER (App. 1). Vedi pure l'*Ordo* pubblicato nella stessa appendice II. L'HILDENBRAND, p. 105, n. 1^a, sospetta che i primi formulari per le ordalie fossero inglesi, ma non credo v siano motivi sufficienti per accoglierne l'opinione.

(4) Mi attenni specialmente ai più antichi, cioè a quelli contenuti in codici del secolo IX e X, e nominativamente ai seguenti: A. 18. B. 1, II. A. 22, 17 8, ecc.

assai attinto al rituale per la prova dell'acqua fredda (1), attribuito, come si disse, a papa Eugenio e a Lodovico il Pio, e che è il più dettagliato.

Le differenze fra le due categorie di *ordines* non sono di grande importanza. Eccone in breve le disposizioni principali.

La prima preparazione all'ordalia è il digiuno, che secondo i rituali inglesi deve durare tre giorni, mentre invece i rituali franco-germanici non ne fissano punto la durata (2).

Segue poi la messa che si può dire d'uso generale, specialmente nelle prove dell'acqua e del fuoco (3): in essa si somministra l'eucaristia agli accusati dopo averli ammoniti di non riceverla se colpevoli (*adiuro vos homines etc.*). Dopo la messa si benedice dell'acqua che si fa bere agli accusati: poi nella prova dell'acqua fredda, che scegliamo perchè descritta con maggiori dettagli, si rivolgono scongiuri all'acqua perchè non riceva in sè il colpevole, e spesso preghiere a Dio perchè sventi ogni trama e frode diabolica (4). Dopo ciò gli accusati baciano il libro degli evangelii e la croce, sono aspersi d'acqua benedetta ed infine gettati nell'acqua legati e trattenuti da una corda affinché, osserva Hincmaro, non corrano pericolo d'annegarsi, ed insieme sia loro impossibile ricorrere a frodi.

I rituali inglesi hanno disposizioni particolari: l'accusato si presenta vestito di vesti di lana, scalzo, e dopo la comunione riveste nuovi panni: invece del bacio trovasi anche il giuramento delle due parti, introdotto forse ad imitazione di quanto si usava nel duello (5).

(1) Lo troviamo anche quasi letteralmente riferito alla prova dell'acqua calda. Vedi *Ord.* A. 8.

(2) Solo l'A. 21, che presenta anche altre singolarità, prescrive un digiuno di 40 giorni.

(3) Anche per il *iudicium offæ.* A. 30.

(4) *Si... per aliqua maleficia aut per herbas contegere peccata sua voluerit, tua iustissima hoc veritas in eius corpore declaret, et manifestet, atque tua dextera hoc evacuare dignetur.* (*Ordines*, A. 1. Cfr. A. 2 b. 3. 5 h. 8 k. 12 b. etc. Talora lo stesso accusato, specialmente se vi sia sospetto di frode, deve dichiarare di confidare solo in Dio, non in arti magiche. Così *Ord.*, B. III. 2 p. IX. 1 n.

(5) *accusans et defensor quasi duellum ingressuri iurant.* Ed. cit. *Appendix II.*

Trattenerci a notare ogni particolarità ed ogni differenza fra i vari rituali, sarebbe vana fatica. Già da quanto abbiamo detto finora possiamo distinguere nelle formalità, che accompagnano i giudizi di Dio, due parti (1), una indubbiamente cristiana, cioè la messa, la comunione, il bacio degli evangelii, l'aspersione coll'acqua benedetta e via dicendo, un'altra d'origine pagana e di ben maggiore importanza, cioè gli esorcismi e probabilmente il digiuno (2), che troviamo ordinato anche nell'India.

Naturalmente anche queste formalità pagane furono rivestite di parvenze cristiane: quindi negli esorcismi sono citati esempi e fatti della Bibbia e delle vite dei santi, e per lo stesso digiuno, almeno nei rituali inglesi, è prescritto il pane azimo, l'acqua ed il crescione.

Non avendo nessuna notizia sull'uso ordalie nell'epoca pagana (3), dobbiamo per necessità limitare a queste poche osservazioni.

28. — Non abbiamo ancora parlato del duello, che anche esso finì coll'essere consacrato dalla Chiesa, e circondato di cerimonie, che s'avvicinano assai a quelle degli altri giudizi di Dio. Abbiamo visto altrove come il decreto di Tassilone sostituisca per le sfide a duello una formola cristiana all'antica, che ricordava la *paganorum idolatriam*: però l'antichissima proibizione fatta agli ecclesiastici di presenziare a giudizi di sangue dovette certo

(1) Hildenbrand pretende distinguere nei formulari tre parti: *invocatio*, *exorcismus* ed *adiuratio*. Colla prima, cioè coll'eucaristia o col giuramento, o con l'uno e l'altra, si riavvicinerebbe maggiormente l'individuo esaminando alla divinità; coll'esorcismo si allontanerebbe ogni influenza nociva dalla materia, che deve servire all'ordalia; infine coll'*adiuratio* si scongiurerebbe in nome del Signore questa stessa materia a compiere il miracolo voluto. I nomi però variano assai, ed il primo in ispecie, applicato all'eucaristia ed al giuramento, è affatto arbitrario.

(2) Probabilmente pagana è anche l'usanza attestata, se non erro, dal solo *Ord. A. 25*, secondo il quale, nella prova dell'acqua fredda, accusato ed accusatore compiono le formalità volute rivolti ad Oriente, e tenendo in mano una verga detta *Sunnestab* (verga del sole). Il manoscritto in cui è contenuto quest'*ordo* è però molto recente. (XII sec.).

(3) Nel citato canto dell'Edda si parla di consecrazione (*helga=heiligen*) della caldaia, ma senza descriverla.

ritardare assai la formazione di una liturgia per il duello, ed infatti in un prezioso passo del *Carme* di Ermoldo Nigello, scritto verso l'827, ed in cui si descrive minutamente il duello fra Bero e Sanilo, avvenuto pochi anni prima, non v'è la benchè minima traccia d'influenza cristiana, non invocazioni, non preghiere, ma la semplice accusa, e la smentita dell'accusato, che immediatamente domanda il duello (1).

Però tanto nei libri giuridici posteriori e nei trattati sul duello, quanto nei poemi cavallereschi, dei quali specialmente si occupa il dotto articolo di Pfeffer già ricordato, il duello è preceduto da formalità e pratiche religiose ritenute necessarie per ottenere il giudizio divino.

Negli antichi poemi francesi troviamo spesso che gli avversari passano la notte ciascuno in una chiesa in compagnia degli amici, quasi sempre assistono poi alla messa, e vi ricevono l'eucaristia: seguono i giuramenti opposti delle due parti, ed infine il bacio della croce e del messale, che abbiamo già trovato prescritto per le ordalie. D'ordinario il giuramento è prestato sulle reliquie e prima dall'attore: in seguito l'accusato lo impugna afferrando la mano destra dell'avversario, e giurando alla sua volta. Questi giuramenti sulle reliquie sono con-

(1) ERMOLDI NIGELLI, *Eleg. Carm.* III, 543 seq. (*M. G. H. SS.*, II, p. 499 seq.). Il duello vi è indicato come antico costume dei Franchi:

*Mos erat antiquus Francorum semper, et instat,
Dumque manebit, erit gentis honorque decus.*

Dopo l'accusa, Bero domanda a Lodovico il Pio di permettergli di impugnare quanto aveva affermato l'avversario, e combattere secondo il costume dei Goti, cioè a cavallo. (*Deprecor ut liceat ista negare mihi: — More tamen nostro liceat residere caballum — Armaque ferre mea...*). Anche questo esempio può dunque essere addotto contro la teoria di Löning, che considera il duello come mezzo di prova dell'accusatore, e ad esso si può aggiungere che, a quanto osservò PFEFFER, *Formalitäten*, p. 21, la sfida a duello negli antichi poemi parte indifferentemente da uno qualsiasi degli avversari. Ritornando al duello di cui ci occupavamo e che è descritto anche dall'*Auctor vitæ Ludov. Pii*, e negli *Annales Laurisheimenses*, ad a. 820, osserviamo ancora che dietro agli avversari è portata una bara, come si usò poi sempre in Germania (*carm. cit.* v, 603: *...feretrum de more paratum — ducere postque iubet*).

siderati come essenziali, e la caduta del colpevole si attribuisce spesso allo spergiuro più che alla colpa (1).

Anche in Inghilterra il duello dipende ordinariamente dal giuramento impugnato (2), ed i giuramenti opposti delle parti sono pure richiesti nel diritto franco-longobardo (3) (almeno secondo l'opinione di una scuola di giuristi) ed in Germania, dove è inoltre prescritta la messa, la confessione e la comunione (4). Ciò basterebbe a dimostrare che il duello era veramente considerato giudizio di Dio, quand'anche non vi fossero altre prove.

29. — Resterebbe a parlare dell'accusa fatta agli ecclesiastici di aver determinato con frodi l'esito delle ordalie.

Diciamo accusa e gravissima, perchè, quantunque l'espressione *pia frode* (*frommer Betrug*) da Rogge in poi abbia incontrato tanto favore, ben pochi credo, dopo aver alquanto considerato le vere conseguenze di queste *pia frodi*, vorrebbero seguire Michelet nell'attribuirle a merito del clero. Hildenbrand (5) dedicò parecchi paragrafi del suo lavoro a dimostrare che queste frodi sono addirittura inconcepibili, e per meglio confondere gli avversari finì coll'ammettere che l'esito delle ordalie dipendesse prima dalle potenze infernali, che agivano nelle religioni del paganesimo, in seguito dalla miracolosa potenza della fede, che trasporta le montagne. Noi non andremo tanto oltre. Che frodi fossero usate tanto dalle parti, quanto talora dagli ecclesiastici, è certo probabile: è bensì previsto più comunemente il caso di pratiche superstiziose dirette a turbare l'esito delle ordalie, ma ci pervenne anche memoria di vari segreti naturali per ren-

(1) PFEFFER, *Formalitäten etc.*, p. 73.

(2) BRUNNER, *Entsth. der Schwurger.* p. 178.

(3) Cfr. sopra pag. 299. In un documento ferrarese del 1015, pubblicato da TIRABOSCHI, *Mem. storiche modenesi*, II, doc. 156 e da FICKER, *Forschungen*, vol. IV. *Urk.*, 46, si prescrive che le due parti giurassero la *litis appellatio* e la *negatio*, «*et sic postea Christus Dei filius.... per duelli pugnam veritatem declararet*». Ritorniamo sull'argomento nel cap. seguente.

(4) Cfr. MAIER, p. 259 seq., 298, UNGER, p. 48 seq. e il libro di TALHOFFER in SCHLICHTEGROLL, p. 35. (*So soll er zu den ersten bichten, darnach soll jm ain Priester ain Mess lesen von unser Frowen und von sant Jörgen...*).

(5) *Purg. Canon. u. vulg.*, p. 174-184.

dere meno sensibile la pelle dell'accusato alle prove del ferro e dell'acqua bollente, che sono appunto quelle in cui più facilmente si può ammettere la frode (1).

Appunto perciò, la mano dell'accusato doveva essere diligentemente lavata con sapone ed era dopo ciò proibito toccare qualsiasi oggetto.

Ammettendo la possibilità di frodi in alcuni casi isolati, siamo ben lontani dall'accettare la tesi comune, della frode sacerdotale, di cui, per ripetere le parole di Osenbruggen (2), il clero non ha creduto di lasciarci il segreto.

Essa infatti cambierebbe il clero medievale in una grande associazione di mistificatori, ed è tanto ridicola che proprio meriterebbe di essere solo accolta in certi libri del secolo scorso, dove si insegnava che S. Lorenzo restò a lungo sulla graticola, perchè i carboni non erano accesi, ma strofinati solo con fosforo, o che Mosè produceva artificialmente terremoti con non so quale segreto chimico.

Se ora ci domandiamo come le varie prove del ferro e dell'acqua bollente potessero talora avere un felice esito, possiamo

(1) Un capitulare di Carlo Magno, Reginone, Burchardo, gli *Ordines etc.*, ricordano l'uso del sacro trisma, di erbe magiche, o di altre superstizioni per sovvertire l'esito delle ordalie. Per il duello provvede già l'editto di Rotari 368, e l'editto di Tassilone: nel citato documento del 1098 (FICKER, n. 91), uno dei campioni getta per malefizio un guanto da donna (*mantonem femineum variis coloribus distinctum*): in un'antica cronaca di cui diede un frammento Sirmòndi nelle note a Goffredo Vindocinense (*Bibl. Max. Patrum*, xxi. p. 107), il campione di una strega *quibusdam potionibus herbarum initiatus* e aiutato da altri *incantatores* con canti magici (*præcantamina*), non può essere vinto finchè non rigetta la bevanda, e quelli non fuggono. D'altra parte Alberto Magno, ed altri antichi scrittori contengono segreti, con cui si potrebbe rendere insensibile al fuoco la pelle dell'accusato, ed una legge anglica, prevede le frodi dei sacerdoti che dirigono l'ordalia: *If a priest misconduct an ordeal, let him make «bôt» for it.* (*Law of the Northumbrian Priests* 37. *Anc. Laws... of England*, p. 418). Infine un passo delle *leges Scanice* già citato (SUNESSE, vii, 15) prescrive: «Gestaturus ferrum lota manu » nihil debet contingere priusquam ferrum levet, nec caput, nec crines, nec » aliquot vestimentum, ne per factum alicuius succi vel unguenti, per fraudem potius quam per innocentiam ferri candentis effugiat læsionem ».

(2) *Das Criminalrecht und der Zeitgeist*, p. 11.

osservare che l'accusato si sottoponeva alla prova colla mano ancora umida, che il ferro rovente irradia calore meno di ogni altro metallo (1), che la visita si faceva dopo tre giorni, e probabilmente non si esigeva sempre che non apparisse alcun segno di lesione, che infine le leggi Visigotiche (per vero dire non troppo fedeli all'antico diritto) prescrivono che l'acqua non debba essere troppo calda. Del resto la spiegazione di questi fenomeni naturali non è di nostra competenza.

30. — Eccoci infine al termine di questa parte del lavoro, nella quale senza alcun preconetto ho cercato di ricavare dai fatti e dai documenti quale sia stata sui giudizi di Dio la dottrina comune del clero, cioè della parte più colta della società medievale.

Possiamo ora ricapitolando formulare le seguenti conclusioni:

1° Le ordalie furono in massima accolte da tutta la chiesa occidentale, e solo il duello incontrò qualche opposizione per la sua natura speciale, senza essere però condannato recisamente, salvo eccezioni. 2° I papi, fino ad Onorio III e a Gregorio IX, tollerarono le ordalie, alcuni anzi probabilmente le approvarono; le pretese condanne anteriori delle ordalie si riferiscono esclusivamente al loro uso nei tribunali sinodali o per parte di persone ecclesiastiche, e sono contraddette da numerosi sinodi. 3° Si può notare fin dal IX secolo e forse prima una tendenza ad esimere gli ecclesiastici dall'obbligo di sottoporsi all'ordalia, anche quando fosse loro permesso far uso di campioni: ma questa tendenza per lungo tempo non è generale nè riesce ad imporsi.

Del resto, per riassumere ora in poche parole il capitolo, non abbiamo che a riportare le parole di un antico scrittore, che dopo aver ricordato i vari giudizi di Dio, aggiunge: « atque hoc » tantum abfuit ut impia iudicarentur, ut sanctissimos Pontifices, principes christianos, viros atque foeminas sacratas, usurpasse ista purgandi ceremonias inveniam: illud erat tunc sa-

(1) Vedi a questo proposito un interessante passo di GEHLER, *Physik. Wörterbuch*, x, 498 (in PFALZ, p. 47, n. 11). Secondo questo autore si potrebbe, nonchè toccare il ferro rovente, immergere nel ferro fuso la mano appena lavata ed asciugata.

» pere, fidem Deo habere, omnem spem in eo collocare: nostro
» sæculo nihil minus, quippe nihil aliud est, quam delirare,
» Deumque immortalem irritando, ad iracundiam provocare. *Solet*
» *id factum, ut video, diversis ætatibus heic pietatis alibi er-*
» *roris nomen accipere* (1).

(1) AVENTINUS (1476-1534), *Annal. Bojorum*, l. iv, già ricordato da BALUZIO,
MURATORI e SANDIFORT.

CAPITOLO DECIMO

Ultime vicende del giudizio di Dio.

I. — ITALIA.

Bibliografia. — PERTILE, *Storia del dir. ital. cit.* — FICKER, *Forschungen zur Reichs-und Rechtsgesch. Italiens*, 1868-74. — SCLOPIS, *Storia dell'antica legisl. del Piemonte*, 1833. Id., *Storia della legislazione italiana*, (1^a ed.) 1840-44. — LA MANTIA, *Storia della legisl. civ. e crim. di Sicilia*, Palermo 1866. Id., *Storia della legisl. ital.*, I, 1884. — A. DEL VESCHIO, *La legisl. di Federico II imperatore*, 1874. — G. C. DEL VECCHIO, *Eleonora d'Arborea e la sua legisl.*, 1872. — BRANDILEONE, *D. Romano nelle leggi normanno-sveve del R. di Sicilia*, 1884. — SALVIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella Storia del Diritto ital.*, II, 1889. Id., *Iusiurandum de calumnia nel suo svolgimento storico.* (Alla Univ. di Bologna..., omaggio del Circolo giur. di Palermo) 1888. — MURATORI, *Antiquit. Ital. M. Æ. diss.* 38-39. — CANCELANI, *Barbarorum leges antiquæ*, Prefaz. ai vol. I e 4. — CANTÙ, *Docum. per la Storia univ. Legislaz. XVII.* — M. H. P. LM. = *Monum. historiæ patriæ (Pedemontanæ) Leges Municipales.*

1. — Nel capitolo ottavo ho cercato di ricostruire la posizione del giudizio di Dio nell'antico sistema di prova germanico, dimostrando insieme che quest'antico sistema è appunto quello che fin da principio del lavoro era stato indicato come comune a tutte le società, in cui le parentele conservano l'una di fronte all'altra una grande autonomia. Toccai poi partitamente dei singoli diritti germanici, (che tutti più o meno si scostano dallo stato primitivo), sia perchè le ipotesi esposte prima avessero una base di fatto, sia anche perchè dal confronto fosse dato vedere con quale indirizzo si sia svolta la teoria della prova sotto l'influenza diretta od indiretta, palese o meno, del diritto romano. Però di regola mi restrinsi alle *leges barbarorum*, salvo quando ogni divisione sarebbe stata arbitraria e dannosa, come

per l'Inghilterra, in cui l'influenza prepotente del diritto romano non venne a turbare l'autonomo svolgimento delle istituzioni nazionali.

Perchè il lavoro sia completo almeno nelle linee generali, conviene ora tratteggiare la sorte del giudizio di Dio negli ultimi secoli del Medio Evo, quando dal diritto incominciava quel *rinascimento*, che doveva estendersi ad ogni parte della vita sociale, ed alle leggi barbariche altre ne sottentravano nate *rebus ipsis dictantibus* e meglio rispondenti alle mutate condizioni individuali e sociali.

Prenderemo le mosse dall'Italia, anche prescindendo da ogni altra ragione, perchè i suoi giureconsulti elaborarono quel mirabile diritto romano volgare (1), che finì coll'imporsi alla stessa Germania, e che ebbe indirettamente tanta parte nell'abolizione delle ordalie.

Se noi osserviamo appunto le condizioni dell'Italia dall'undecimo secolo in poi, vediamo l'uno di fronte all'altro il diritto romano dei glossatori, il diritto franco-longobardo, il diritto canonico, e poi le consuetudini locali, che secondo i vari paesi si accostano più o meno al diritto romano o al germanico.

Dobbiamo dunque vedere come si combinassero questi vari diritti e quale parte facessero al giudizio di Dio. Perciò possiamo fin d'ora proporci varie questioni, che dovremo successivamente esaminare. In primo luogo non sarà senza interesse il vedere come i giureconsulti italiani trattassero del giudizio di Dio in diritto costituendo; in secondo luogo dovremo ricercare come lo considerassero in diritto costituito, di fronte cioè al diritto canonico, al diritto romano e al longobardo: in fine come le leggi speciali e gli statuti che rispecchiano in qualche

(1) È appena da ricordare come sia ora giustamente tenuta in gran conto l'opera dei giureconsulti italiani, e specialmente dei glossatori, già tanto disprezzati dalla scuola francese del xvi sec. A capo dei detrattori dell'antica scuola italiana si può porre Rabelais, che nel suo *Pantagruel*, II, 10 (Evr. 1782, I, p. 259 seq.) copre di contumelie antichi e contemporanei fino ad Ippolito de Marsiliis, ed altrove confrontando la glossa col testo del *Corpus iuris*, usa un paragone quanto espressivo altrettanto ingiusto ed indecente.

modo la coscienza giuridica popolare, respingessero od accogliessero l'antica prova del diritto germanico.

A questo punto converrà dir pure brevemente del diritto di ordinare e dirigere le ordalie, ed infine della trasformazione del duello giudiziario in quello cavalleresco.

2. — In tutta la letteratura giuridica italiana si ricercerebbe, credo, invano un'apologia del duello, e tanto meno delle altre ordalie. Solo Dante (1), per amore forse della tesi, che sosteneva, fraintendendo perfino nel modo il più strano il passo evangelico, in cui si promette l'assistenza divina, a coloro che si raduneranno nel nome del Signore, s'indusse a voler provare la giustizia e la necessità del duello giudiziario. Per lui *iustitia in duello succumbere nequit, e de iure acquiritur quod per duellum acquiritur*: per contro tutti i giureconsulti, se non domandano addirittura l'abolizione del duello, come lo fa

(1) *De monarchia*, II, 10. Egli vuol dimostrare che i Romani a buon diritto conquistarono l'impero del mondo. Ecco i punti più salienti della sua apologia del duello, che si potrebbe anche facilmente estendere alle altre ordalie: « Et » quod per duellum acquiritur de iure acquiritur. Nam ubicumque humanum » iudicium deficit vel ignorantiae tenebris involutum, vel propter praesidium iudicis non habere (quindi duello come prova, e come *sostitutivo del processo*) » ne iustitia derelicta remaneat, recurrendum est ad illum qui tantum eam dilexit... Hoc autem fit cum *de libero assensu partium*, non odio sed amore » iustitiae divinum iudicium postulatur... sed semper cavendum est ut... omnibus viis prius investigatis pro iudicio de lite habendo, ad hoc remedium » ultimum quadam iustitiae necessitate coacti recurramus. Duo igitur formalia » duelli apparent: unum hoc, quod nunc dictum est: aliud quod superius tangebatur scilicet ut non odio, non amore, sed solo iustitiae zelo, de communi » assensu agonistae seu duelliones palaestram ingrediantur....

» ... Quod si formalia duelli servanda (*leggi: servata*) sunt, (aliter enim duellum non esset), iustitiae necessitate de communi assensu congregati propter » zelum iustitiae nonne in nomine Dei congregati sunt? Et si sic, nonne Deus » in medio illorum est, cum ipse in Evangelio nobis hoc promittat? Et si Deus » adest, nonne nefas est habendo iustitiam succumbere posse? ... Et si iustitia » in duello succumbere nequit, nonne de iure acquiritur, quod per duellum acquiritur?.....

» Quod si contra veritatem ostensam de imparitate virum iustetur, *ut a solet*, per victoriam David de Goliath obtentam instantia refellatur... stultum » enim est valde, vires quas Deus confortat inferiores in pugile suspicari » (ed. Torino 1853, p. 90 seq.

Andrea da Isernia, cercano costantemente di restringerne l'uso e non si pronunziano mai in suo favore (1).

Solo nel XVI secolo e più nel XVII, quando del duello giudiziario non restava quasi traccia, parecchi scrittori sono in fondo favorevoli al duello, benchè ipocritamente premettano sempre di ritenerlo per condannato, e magari raccomandino ai duellanti di non porre in pericolo la loro anima: ma di loro a noi non importa gran fatto.

(1) Andrea da Isernia morto in età avanzatissima nel 1316 scrive: « catho-
 » lici reges deberent hoc prohibere, quia duellum hoc incertum est, et sæpe
 » multi per pugnam suam perdunt causam (*Super usibus Feudorum. De pace*
 » *tenenda. Fredericus*, n. 11): Oldrado, quasi contemporaneo († 1335); Et absit
 » illa abusio, quod qui vicit in campo sit in iure potior, quoniam talis abusio
 » duo habet absurda, propter quæ redditur impræscriptibilis, quia invitat ad
 » delicta s. ad arma et rixam contra l. ff. de usufr. l. si avus § si inter duo...
 » talis autem huiusmodi est abusio, quia subtrahit iusticiam a fortitudine,
 » ergo non inducibilis nec præscriptibilis, utpote quæ delictorum est occasio,
 » ex qua animarum et corporum pericula sæpe proveniunt... secundo quia per
 » eam contra evangelium Deus tentatur... tercio videtur etiam iure civili pro-
 » hibita, ut C. de gladiatoribus l. unica... » (OLDRADI, *Cons. Venetiis*, Ziletti 1571,
 f. 81, cons. 191). Forse di Andrea da Isernia è anche una nota alle Costitu-
 zioni di Federico II (l. II, 33), in cui, a proposito dei casi, pei quali è ancora
 prescritto il duello, si osserva: « Hæc lex non servatur, et merito propter ra-
 » tiones, quas ponit in pri. omni pene iure duellum est prohibitum.... (*Constit.*
 » *regni utriusque Siciliae, glossis ordinariis commentariisque...* Andrea de
 » *Isernia ac D. Bartholomei de Capua... illustrata* ». Lugduni 1560, p. 177).
 Ancora nello stesso secolo Giovanni de Lignano († 1383) dimostra l'ingiustizia
 del duello a furia di sillogismi, che gli guadagnarono bensì l'ammirazione di
 Giacomo de Castillo, ma che possiamo esimerci dal riprodurre (V. Jo. de Lign. *de*
Duello. Tract. Un. iuris., XII, 281-84). Nel XV sec. Alvarotus († 1453) scriveva:
 » Putaverunt antiqui quod Deus sit auxiliator iustorum, verumtamen multo-
 » ties accidit contrarium (*Super Feudis. De pace ten. Federicus*, n. 10-11 ». Lugduni 1545, f. 88). Posteriormente anche Giac. de Castillo si lagna perchè *Italia*
est plena tyrannis che concedono i duelli con troppa facilità (*De duello, Tract.*
Un. iuris., 284-293, I, 3, 7); ed Alciato ha per lo stesso motivo la sua brava:
Detestatis principum Italiae (*De sing. cert.*, c. 4, 5. *Tract. un. iuris.*, vol.
 cit., f. 293 seq.). Degli scrittori anteriori ad Andrea da Isernia si possono citare
 lo stesso Ugo e ROSENDO, *De pugna*, I, in f., che certo mirarono sempre a restrin-
 gere l'uso dei duelli, come mostrai già in parte nel cap. VIII e si vedrà meglio
 in seguito.

Ritornando ai nostri grandi giureconsulti, se noi ricerchiamo le cause per cui d'ordinario essi sono così poco favorevoli al duello, possiamo trovarne parecchie.

In primo luogo l'avversione al duello era omai nei lombardisti una tradizione, che risaliva a Rotari e a Liutprando, del qual ultimo non si dimenticò mai l'osservazione di fatto: *incerti sumus de Dei iudicio, et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere*: le leggi degli Ottoni avevano arrestato per un momento la decadenza del duello, ma lo straordinario risveglio negli studi del diritto romano, specialmente nella seconda metà dell'XI secolo, conducendo a proclamare questo diritto *lex omnium generalis*, doveva restringere l'uso del duello ai casi tassativamente indicati dal legislatore longobardo, e prepararne gradatamente l'abolizione.

D'altra parte, anche le condizioni sociali, massime nelle città, che erano i centri della cultura giuridica, ed in cui l'elemento borghese s'impondeva con crescente vigore al feudalismo, erano sfavorevolissime al duello, tanto che per consuetudine si dovette, contro alle espresse disposizioni degli Ottoni, accordare a tutti l'uso dei campioni. Si aggiunga ancora la condanna recisa delle ordalie pronunciata dai papi nella prima metà del XIII secolo, il risorgere dello spirito razionalista e quasi direi scettico, che aleggia già nelle note disposizioni di Federico II sul duello e le ordalie, e si avrà un assieme di circostanze, che bastano, credo, a spiegare come il concetto di giudizio di Dio abbia finito nel duello, se non col perdersi, almeno col passare in seconda linea.

Ora quando il duello non è più giudizio di Dio, per il giureconsulto non ha più ragione di sussistere, è un assurdo, e se cionondimeno continua ad essere tollerato, ed ammesso in pratica, si potrà ripetere quanto asseriva assennatamente Alberico da Rosciate e poi Filippo Decio (1), che cioè: *perinde haberi debet ac si de iure permetteretur*, ma approvarlo in diritto costituendo, no certo.

Quanto alle altre ordalie, la regola del diritto romano, che impone l'onere della prova all'attore, le condanna irremissibil-

(1) *Consilior.*, II, f. 247, cons. 686.

mente e d'altra parte esse non possono, come il duello, sussistere anche quando venga meno la fede nell'intervento divino.

Perciò se ne trova quasi solo menzione nei canonisti, e nei trattati sul diritto feudale, nei primi per ricordarne l'abolizione, nei secondi perchè nella rubrica *de pace tenenda* erano espressamente prescritte pei *rustici*; del resto già Andrea da Isernia ne parla in modo da lasciarci supporre che le conoscesse più per fama che per esperienza propria, e le condanna nel modo il più esplicito, chiamandole *pene asinine*, e considerandole in qualche modo come una specie di tortura (1). In seguito sono ricordate come usanze omai antichate (2).

3. — Detto così della tendenza dei giureconsulti, in generale sfavorevoli al giudizio di Dio, vediamo come essi lo considerassero di fronte al diritto canonico, al diritto romano e al longobardo. Per il primo non abbiamo che a rimandare al capitolo precedente, in cui si è mostrato come l'incertezza, che si nota nei canonisti da Graziano in poi, si sia naturalmente cambiata in recisa condanna delle ordalie, dopo la pubblicazione delle Decretali di Gregorio IX. Dopo di esse anche i civilisti ricordano sempre la condanna ecclesiastica.

La questione appariva molto più complicata di fronte al diritto longobardo e al diritto romano, o meglio al diritto civile, che abbraccia anche le costituzioni imperiali, le quali si consideravano come una continuazione delle leggi romane, nello stesso modo che il sacro romano impero si voleva congiunto all'impero dei Cesari.

Anche per il puro diritto romano si disputò assai. Una glossa (3), che per tradizione costante (4) si attribuisce, almeno in parte, a

(4) « *Penæ asininae sunt certe istæ, lacerant carnem humanam per cruciatus* » enormes: sufficere debent pænæ aliæ per bonos iurisconsultos inductæ ». (Op. c. *De pace ten.*).

(2) Cfr. ad es. la glossa ed i commenti alle *Constit. Sicule*, II, 31 (ed. cit., p. 173-74) ed ALVAROTUS, *Super Feudis. De pace ten. Si miles rusticus*, n. 1 seq., ed. cit. f. 92.

(3) Gl. *perduellionis*: « *Inst. De hered. quæ ab int. def. § per contrarium* ». (*Inst.* III, 1, § 5).

(4) Vedi ad es. D. ANGELI DE UBALDIS, *Consilia*, Francof. 1575, f. 270, cons. 374: « *secundum Placentinum... ut gl. Instit. de hered. ab intest. § per contrarium* ». JAC. DE CASTILLO, *De duello*, n. 33 « *et ita sequitur opinionem Placentini* ».

Placentino, afferma che *potest dici hoc et defendi, quia et secundum iura romana videtur posse fieri debere pugna*. Gli argomenti sono l'etimologia errata di *perduellio* (che si pretende così detta dal duello usato nelle accuse di alto tradimento), ed il trovare ricordati i combattimenti (gladiatori) in parecchie leggi. Fra queste merita speciale menzione la legge: *Qua actione § Si quis in colluctatione* (D. ix. 2 (ad l. *Aquiliam*) 7, § 4), che è poi sempre citata anche dagli scrittori posteriori: « Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles » dum inter se exerceantur alius alium occiderit, si quidem in » publico certamine, cessat Aquilia, quia *gloriæ causa et virtutis*, non iniuriæ gratia, videtur damnum datum ».

L'etimologia errata di *perduellio* fu ben presto combattuta, come abbiamo già avuto occasione di ricordare (1): del resto la stessa glossa or ora citata dà in fine un'altra spiegazione più razionale: *vel dic perduellionis i. e. hostilis criminis, nam perduelles hostes vocantur*. Ad ogni modo vi fu anche chi accettò l'etimologia di Placentino, e chi non accettandola, almeno espressamente, non era però alieno dal ritenere il duello permesso anche dal diritto romano (2).

(1) V. sopra pag. 401.

(2) Cfr. ROFFREDO, *Libelli iuris can. tit. de purgatione vulgari*, cit. da ALBERICO DA ROSCIATE († 1354): « licet Rofr. in libello iuris can. videatur sentire » quod de iure civili sit concessum.... ». (*Prima Alberici super Dig. veteri*, 1534, f. 385: sulla citata legge *qua actione § si quis in colluctatione*, n. 7). Baldo ad l. *qua actione § si quis in colluctatione*, cit. in JAC. DE CASTILLO, *De duello*, n. 25. ANDREA DA ISERNIA, *De pace ten. Frederic.*, n. 11, segue una via di mezzo dicendo il duello proibito *secundum iura novissima ut C. l. XI, de glad. l. 1*, ma ammettendo d'altra parte l'etimologia di *perduellio* da duello. (*Iura vetera in crimine maiestatis videntur concessisse quia dicuntur perduelliones quos nos hostes*). Invece una nota alle *Costit. Sicule*, segnata: PETRUS DE MONTEFORTE, rimanda ancora alla solita legge *qua actione*: *De iure romano non est prohibitum duellum ff. ad legem Aquiliam l. qua actione § attamen*. Anche Angelo da Ubaldis (l. c.) parrebbe segua l'opinione di Placentino, o almeno non la combatte: (*de iure romano non nisi sec. Placentinum in causa lesæ maiestatis ut gl. etc.*). Del resto lo stesso Nicolò Boherio, citando Baldo ed altri, scrive nella sua Prefazione alla *Lombarda*, f. v, che il diritto civile permette il duello e ciò sempre per la famosa legge: *Qua actione*.

Contro ai passi addotti dai sostenitori del duello, gli avversari (1) invocavano non senza acutezza la c. 9. C. iv, 10: (*Negantes debitores non oportet armata vi terreri...*) e la legge unica C. *de gladiatoribus*, in cui si proibiscono i *cruenta spectacula*: per quest'ultima però, già la glossa para in anticipazione il colpo, rimandando alla citata l. 7, § 4, D. ix, 2.

Certo la questione aveva importanza più teorica che pratica, perchè i seguaci di Placentino si limitavano a ritenere prescritto il duello dal diritto romano nella sola accusa di lesa maestà, per la quale venne poco dopo prescritto realmente dalle costituzioni di Federico II, e lo era del resto già dal diritto longobardo volgare. Tenuto però conto della grande autorità del diritto romano, fu ventura che l'opinione di Placentino fosse fra noi presto abbandonata, come lo fu senza dubbio. È infatti da notarsi che i grandi criminalisti italiani, da Gandino a Bonifacio de Vitalinis, Angelo Aretino, Ippolito de Marsiliis, costruendo, specialmente sulle basi del diritto romano, la nuova scienza del diritto penale (che i criminalisti della seconda metà del xvi e quelli del xvii secolo in molte parti non migliorarono), salvo errore non ricordano nemmeno il duello, ed altri giureconsulti (2) ammettono che esso sia accolto dal diritto civile solo nei due casi previsti dalla costituzione di Federico, *de pace tenenda*, cioè, per le accuse di omicidio e ferimento in tempo di pace o tregua.

4. — Quanto al diritto longobardo, non si poteva certo non riconoscere che esso ammette il duello in un certo numero di casi. Si mirò però sempre, forse inconsciamente, a restringerne l'uso, come in parte abbiamo già avuto occasione di osservare.

Dopo che il diritto romano fu proclamato la *lex omnium generalis* (3), cioè il diritto comune, al quale si deve ricorrere

(1) V. OLDRADO, cit. sopra, pag. 416, n. 1; JOH. DE LIGNANO, *De duello*, iv. (*T. U. I.*, f. 282, col. 4) in cui si dice permesso il duello dal diritto civile solo nei due casi preveduti dalla cost. dell'imperatore Federico, accolta nel libro *De Feudis* (II, 37). JAO. DE CASTILLO, O. c., n. 25, che segue l'opinione di Giov. de Lignano; ALVAROTUS, l. c., n. 15 etc.

(2) Così JOH. DE LIGN. e JAC. DE CASTILLO citati nella nota precedente.

(3) Così *Liber. Pap. ROTH.* 221. *Exp.* § 5. Cfr. sopra pag. 300, n. 3.

quotiescumque aliquid non est determinatum per ius Longobardum (1), era naturalissimo che per il duello non si potesse argomentare *de simili ad simile*, cosicchè la ragione addotta da Ugo e Rofredo (2): *odia magis sunt restringenda quam proroganda*, non è che un soprappiù. Da ciò la necessità di ricercare in quali casi sia permesso il duello, e quindi le numerose compilazioni, in cui tali casi sono appunto enumerati.

Inoltre il diritto longobardo, diritto eccezionale, non poteva obbligare se non chi visse a legge longobarda, quindi i longobardi soli erano tenuti al duello nei casi indicati dalle loro leggi (3), finchè col tempo le professioni di legge vennero in alcuni luoghi a cessare (4), altrove a perdere quasi ogni impor-

(1) And. de Barulo cit. sopra, pag. 300, n. 3. Cfr. gli statuti di Benevento cit. in seguito p. 423, n. 3.

(2) Ugo, *Summa de pugna. Rofr. de pugna*, I, in f.

(3) V. sopra pag. 303, n. 2. Cfr. *Statuta Comm. Parmæ*, a. mccciv, p. 287. *Quod nullum duellum iudicetur ... nisi ubi lex et statuta loci præcipiunt*.

(4) Cfr. PERTILE, O. c., I, 338 seq.; II, 586 seq. Sarebbe qui a vedersi fino a qual epoca il diritto longobardo continuasse ad aver vigore in Italia. La questione fu trattata già da CANCELLI, I, XV, e MURATORI (nella sua Prefazione alle leggi longobarde e in *Antiquit.*, t. II, c. 233 seq., diss. XXII) ai quali rimandano PERTZ (*Mon. Germ. hist. LL.*, t. I, XIII seq.) per i capitolari italiani, e BLUHME (*M. G. H. LL.*, IV, p. CXIII, n. 14) per la Lombardia. Recentemente ne scrisse il prof. PERTILE, O. c., II, 604 seq. e passim.

È certo che nell'Italia meridionale si hanno professioni di legge longobarda fin nel sec. XV, e che fino al sec. XVII e forse oltre si usava il diritto longobardo negli Abruzzi. (Cfr. anche il *Cenno storico sulla legislazione nel regno delle Due Sicilie* premesso al noto *Corso di diritto civile* di AUBRY e RAU, trad. Muzi Concezio, Napoli 1857, p. 67). Però già ANDREA DA ISERNIA (O. c. *Præcludia*, n. 37) scrive: *in regno Siciliae servatur ius Longobardum, quia constitutio regni hoc precipit, alibi rix servatur*; d'altra parte va osservato che nessun manoscritto della Lombardia appartiene al sec. XV, rarissimi al XIV (cioè solo i num. 14, 21, 22, 29 della Prefazione di BLUHME alla Lombardia, poichè il Cod. Veneto n. 42, clas. IX, che sarebbe del XIV sec. secondo Valentinelli, *Bibl. man. ad S. Marci Venet.*, t. III, p. 30, viene dal Bluhme attribuito senz'altro al XIII); e parimenti col sec. XIV finisce la vera letteratura del dir. longobardo con opere come quella di BIAGIO DA MORCONE, *continua apologia del dir. romano* (MERKEL, *Appunti*, p. 47). Infatti già nei sec. XIII e XIV i giureconsulti, anche meridionali, sono contrariissimi al dir. longobardo. Basti ricordare Andrea da Isernia, che scrive: (*De notis feud. si qua invest.*) *merito dicunt multi illud ius esse asininum*, (benchè forse intenda parlare di una disposizione spe-

tanza, specialmente quanto al diritto pubblico, e d'altra parte le leggi speciali e gli statuti, o la consuetudine, abolirono il duello nei tribunali regolari.

Oltre a queste restrizioni all'uso del duello, si tentò in teoria, e certo si riuscì anche in pratica ad introdurne altre, a cui abbiamo in parte già accennato altrove.

Così contraria al duello, e certo anche ad una retta interpretazione della legge, è la teoria delle formule al *Lib. Pap. Roth.*, 146-148: contraria pure la teoria di Ugo, che permette sempre al convenuto di sfuggire al duello dando egli la prova, e contrariissima la dottrina di Roffredo, che procedendo ancora oltre, proibisce il duello quando una parte sola adduca testimoni, e lascia insomma all'arbitrio del giudice di permetterlo, o non quando vi siano deposizioni contraddittorie fra i testimoni delle due parti (1).

Così in Roffredo troviamo già espressa la teoria che fu poi dominante, che cioè non si può ricorrere al duello, se non quando non vi sia altro mezzo di appurare la verità.

Del resto noi non rifaremo la lista dei casi in cui era permesso combattere, rimandando chi volesse conoscerli agli scritti

ciali) e soprattutto Luca di Penna, che in parecchi luoghi del suo commento al Codice Giustiniano combatte il dir. longobardo dicendolo non *lex sed fœd*, fatto da gente bestiale, da uomini crudeli e irragionevoli, venuti in Italia come predoni etc. (*ad l. unic. C. de gladiat.*, *ad l. 1 C. de conducto. et procurat. l. XI*. Cfr. SAVIGNY, l. VI, § 63, n. c. ed. cit., II, 661). Questi ed altri scrittori sono citati da Nic. Boherio, che nella sua Prefazione alla *Lombarda* (f. 3-5) con quella minuta e precisa conoscenza della glossa e degli antichi giureconsulti, che sarebbe vano attendere da uno scrittore moderno, ricorda i passi in cui la glossa o gli autori citano il dir. longobardo. Cfr. anche TAMASSIA, *L'Elemento germ. nella Storia del Dir. italiano*, 1887. (Prolus.), PERTILE, O. c., II, 602, n. 19. Del resto va ricordato, che col diritto longobardo non rimaneva necessariamente in uso il duello, che anzi appunto nell'Italia meridionale, dove le leggi longobarde rimasero più a lungo in vigore, la legislazione di Federico II lo abolì nel maggior numero di casi.

(1) Cfr. Rof., I, 13. È chiaro che resta all'arbitrio del giudice apprezzare nei singoli casi le deposizioni dei testimoni, e vedere quali di essi *verisimiliora dicant* e se quindi egli è o non *certus quid facere possit*.

speciali altre volte citati (1), e soprattutto alla *Summa* di Rofredo, che senza dubbio ebbe una grande diffusione ed una grandissima autorità, poichè la seguono o rimandano ad essa quasi tutti gli autori posteriori (2), cui pare invece completamente sconosciuta la *Summula* di Ugo.

5. — Il numero dei casi in cui si ammettevano duello ed ordalie nel diritto volgare franco-longobardo, venne in generale variato assai dalle leggi e dalle consuetudini locali specialmente nel XIII secolo. Troviamo bensì, ad es., che gli statuti di Benevento, per quanto non è stabilito espressamente da essi (3), e quindi anche per i casi in cui si deve ricorrere al giudizio di Dio, rimandano alle leggi longobarde, che gli statuti di No-

(1) Cfr. sopra pag. 301, n. 3. In seguito molti autori ripetono l'enumerazione dei casi, in cui è ammesso il duello. V. ad es. JUL. GAMBARINUS, *De feudis*, c. 18. (Ms. Parm. HH. I, II, 1227, f. 6 in fin. *Quando et in quibus casibus et per quos debeat fieri pugna, et de iuditiis divinis ferri calidi et aque*: con semplici rinvii alle glosse dei libri *feudorum*) JO. DE LIGNANO, v, l. c., f. 283 (compilato sull'opera di Rofredo). PARIS DE PUTEO, l. VI, c. *De iure longobardo etc.*, l. c., f. 399 (copiato in parte da Rofredo). JAC. DE CASTILLO, II, 4, l. c., f. 288 (copiato da Paris de Puteo). ALCIATI, *de sing. cert.*, c. 4.

(2) Vedi oltre gli autori citati nella n. precedente, ALVAROTUS, O. c., *de pace ten. Federicus*, n. 15 (ed. cit., f. 88). ALBERICO DA ROSCIATE, *Prima super Dig. vet.*, ed. cit., f. 385 D. IX, 2, 7 § 4º... *et quomodo fieri debeat ipsa pugna, et que debeant in ea servari, vide unum tractatum quem fecit Rofr. et intitolavit de pugna*. Vedi pure il suo dizionario alla parola *pugna* e JAC. DE ARDIZONE, *Summa Feud.*, c. 152 (già cit. da SAVIGNY).

(3) *Primum capitulum est ut secundum consuetudines approbatas et legem longobardam, et eis deficientibus secundum legem romanam iudicetur* (S. BORGIA, *Mem. istor. della pont. città di Benevento*, II, p. 413).

I più antichi statuti di Benevento sono del 1202, furono approvati da Innocenzo III nel 1207 (ibid. p. 428) e riconfermati nel 1230. Il duello e le ordalie vi sono ricordati in due luoghi: in uno si ordina che i delitti notori non si possano negare, *ubi vero inquisitio facienda est sive per testes, sive per iudicium Dei... pugnam aquam vel ferrum, vel quocunque modo sine iudicibus non fiat* (p. 425); nell'altro si fissano i diritti dei giudici per le sentenze in cui si ordinano i *giudizi di Dio* del ferro, dell'acqua o del duello (p. 414).

vara (1) avvertono che non si debbono menomamente intendere abrogate le leggi comuni che prescrivono il duello, che gli statuti di Como (2) mantengono in vigore la Lombarda in materia di duello, e via dicendo, ma già le consuetudini di Milano non ammettono mai la prova del ferro infuocato, e proibiscono il duello nelle accuse di spergiuro e fellonia, e quando vi sia collisione di testimonianze (3), ed in seguito le costituzioni di Federico II proibiscono affatto le ordalie, e conservano il duello solo in due casi, cioè per delitto di lesa maestà e omicidio occulto (*veneficio, vel quolibet genere furtive mortis*), e, in quest'ultimo caso specialmente, con molte restrizioni (4).

Del resto già nel XII secolo non manca esempio di città e terre in cui per consuetudine e privilegi gli abitanti non s'intendono obbligati al duello e alle ordalie (5), ma sono eccezioni. Invece per tutto il XIII secolo i giudizi di Dio, e specialmente

(1) *Stat. Commun. Novariæ* (M. H. P. L. M., II, 599) XCI «..... ita tamen » quod per istum ordinamentum et statutum non preiudicetur legibus in » quibus duellum, vel duella fieri possent et debent ».

(2) *Liber stat. consul. Cumanorum CCXCVII* (a. 1281, M. H. P. L. M., II, 117). Purè è proibito il duello per denegato deposito.

(3) *Consuet. di Milano dell'anno 1216*, xx. *Lib. Feud.*, II, 39. Delle consuetudini di Milano cito ordinariamente l'edizione di BERIAN, *Le due edizioni milanese e torinese della cons. di M.*, Venezia, 1872.

(4) *Constit. Regni Siciliae* (in HUIILLARD-BRÉHOLLES, *Hist. diplom. Frider. II*, t. IV, p. 1, 1854) l. II, t. XXXI-XXXIV. Nel titolo XXXII si ordina: «.... a pugne » probatione non permittimus, inchoari, sed per probationes ordinarias, si » supersint aliquæ, procedi primo debere iubemus et denique officio curie » subtili primo inquisitione premissa, si per probationes aliquas vel per in- » quisitionem plene non poterit facinus comprobari, tunc demum ad pugne » iudicium iudiciis precedentibus descendatur ». Inoltre se l'accusatore si offeriva a provare per testimonii, e non riuscì, non ha più luogo il duello, anzi nemmeno l'inquisizione.

(5) Vedi gli esempi raccolti in PERTILE, VI, 369, n. 103 e 370, n. 111. È inoltre notissima la carta concessa nel 1132 da Ruggiero I ai cittadini di Bari in cui è detto: *Ferrum, cacavum, pugnam, aquam vobis non iudicabit, vel iudicari faciet*. (MURATORI, *Antiq.*, III, 627). Solo parziale è il privilegio concesso nel 1081 ai cittadini di Lucca da Enrico IV. (FICKER, *Urk.*, n. 81). Talora si es-

il duello, non sono punto rari negli statuti italiani, da cui scompaiono solo nella prima metà del XIV (1).

nerava dall'obbligo del duello un convento o una chiesa. Se ne ha un esempio in un documento del 1164 in FICKER, *Urk.*, n. 137, (*de omni iure duelli et calumpniæ*).

(1) Nel sec. XIV troviamo prescritto il duello negli statuti di Modena, a. 1327, IV, 26; I, 388. In Vercelli al principio del XIV sec. *battaliæ indicatæ debent fieri per nuntios et advocatos episcopi et sub eis iudicari*. MANDELLI, 2, 79 in FICKER, *Forsch.*, II, p. 19. MURATORI, *Ant.*, III, 623, ricorda un'ordalia usata a Modena nel 1329. In generale però le ordalie ed il duello scomparvero nei tribunali regolari fin dal XIII sec., come ammise FICKER, *Forsch.*, II, 86, e provano parecchi fra gli esempi addotti da PERTILE VI, 372, n. 118. Si aggiunga ancora che ordalia e duello non si trovano prescritti nelle leggi sarde, nominatamente nella celebre carta d'Eleonora d'Arborea (G. C. DEL VECCHIO, *Eleonora d'Arborea*, p. 27), e che il duello è recisamente proibito nelle *Consuet.* di Palermo, c. VI (nella *Raccolta degli statuti munic. italiani*, 1887, I, 1). PERTILE ricorda le consuetudini di Messina e Trapani (c. 44 e 53, nella *Raccolta citata*) e gli statuti d'Alessandria del 1547, che ammettono ancora il duello. Però per gli statuti d'Alessandria va osservato, che essi benchè stampati nel 1547 appartengono a varie epoche, e solo dall'editore furono riuniti e distribuiti in nove libri senza nulla sopprimere, *licet multa detrahi possent*, a quanto afferma egli stesso, *que nihil ad hanc cetatem moresque nostros facere videbantur*. L'unico passo in cui si ricorda il duello si trova nel libro II, che originariamente costituiva un codice a sè, col titolo *Statuta maleficiorum*, ed è del sec. XIII, perchè le aggiunte intercalate in vari luoghi portano la data del 1301, 1306 etc. A meglio conoscere le primitive distinzioni degli statuti di Alessandria può servire moltissimo un codice recentemente acquistato dalla Nazionale di Torino (segnato ora I, III, 41) dove sotto il titolo di *Statuta Communis et terre Castellacii ad instar statutorum Alexandrie, Consuetudines Alexandriæ* (dell'anno 1179) *Statuta Ferracie etc.*, si contengono in copia dei primi anni del XVI sec. le principali leggi d'Alessandria, riunite poi nell'edizione del 1547 sotto il titolo di *Codex statutorum ... communitatis atque diocesis Alexandriæ...* da GEROLAMO CURTIUS, pretore d'Alessandria. Di questo raro libro, di cui il Manzoni confessa di non aver veduto che una copia imperfetta, possiede due buoni esemplari la Nazionale di Torino, entrambi colle aggiunte descritte dal citato Manzoni, fra cui appunto le consuetudini del 1179. Nel manoscritto si hanno inoltre parecchi decreti dei duchi di Milano del XIV e XV secolo, alcuni riguardanti Alessandria, altri Castellazzo, che come si vede aveva intieramente adottati gli statuti alessandrini, e ci dà quindi un esempio di perfetta identità statutaria. Il passo sul duello si trova nell'edizione a f. LIX nel MS. a f. XLVIII.

Ordinariamente troviamo prescritto il duello per falsa testimonianza (1), per impugnare i documenti (2), e nelle accuse di omicidio e ferimento occulto (3), e di danno criminale di

(1) *Liber iuris civ. Veronæ...* per B. CAMPAGNOLAM, 1728, c. 75. *Statuti di Bologna dal 1245 al 1247* (in *Mon. istor. pertinenti alle prov. di Romagna*, serie prima, 1869-77) l. 1, rubr. XLIX, (t. 1, p. 237) *et notificabo vicinis meis quod quicumque falsum produxerit testimonium, vel falsum fecerit instrumentum se per pugnam defendere oportebit*. Però nella rubr. v del l. 11 (t. 1, p. 258) è prescritto che al duello si ricorra solo quando il valore della causa *excedat sumam XXV lib. bon. Statuta Commun. Novariæ*, CLXXIII (*M. H. P. LM.*, II, 649) LXXXVII (ib. 590). Cfr. la sentenza del 1202, pubblicata nella n. 2^a, col. 590. *Statuta Commun. Vercellarum*, § 87-88 (*M. H. P. LM.*, II, 1129, o *Statuti del Com. di Vercelli dell'anno 1241...* a cura del prof. comm. G. B. ADRIANI, Tor., 1877). *Atto di pace dei Conti Aldobrandeschi col Com. d'Orvieto*, a. 1223, 13 (*Cod. diplom. d'Orvieto* in *Doc. di Storia Ital. pubblic. a cura della R. Deputaz. sugli studi di Storia patria per le provincie di Toscana, Umbria e delle Marche*, t. VIII, 1884, p. 103). *Statuti di Modena*, IV, 26. *Si testes producti ab adversis partibus contrarii reperiuntur, una parte instante, dirimatur questio per pugnam...* *Hoc id. facere teneantur ubi non possit discerni quis melius probasset. Cons. di Messina e Trapani*, cit. Cfr. ROFR. I. A Bergamo nel 1168 contraddicendosi tra loro i testimoni, il giudizio dei consoli *bellum inter eos fieri iudicavit*. LUPI, II, 1253 in PERTILE, VI, 412, n. 107. Cfr. invece le *Consuetudini di Milano*, XX.

(2) *Stat. di Bologna* cit. Vi si aggiunge (II, 5) relativamente ai documenti che *nulla pugna debet fieri... nisi testes qui continentur in dicto instrumento omnes vel maior pars dicant pro instrumento quod interfuerunt et quod dicant instrumentum esse verum*. È inoltre proibito impugnare col duello i *precepta*, cioè gli atti dei magistrati e dei pubblici ufficiali. *Stat. di Vercelli*, l. c.; *Atto di pace dei Conti Aldobrandeschi etc.*, l. c.; *Sentenza dei consoli di giustizia di Como etc.*, 1177, 26 febb. (in *M. H. P. LM.*, II, 381).

(3) *Stat. et privil. civit. Niciæ* (*M. H. P. LM.*, I, 69) ... *si... aliquis civis aliquem de prodizione appellavit, si probari non poterit appellatus debet se defendere per bellum*. *Leggi del consolato di Genova del 1143*, XI (*LM.*, I, 243). In caso d'omicidio occulto padre, fratelli, zio e cugini in primo e secondo grado possono sfidare a duello il presunto assassino, fissando a loro arbitrio la somma che dovrà essere pagata dal vinto. Se l'avversario non ha beni a sufficienza resta obbligato per l'intero suo patrimonio. *Statuta Novariæ XCIX*, *De homicidio et vulneribus furtivo factis* (p. 599). *Consuet. di Milano*, l. c., ... *de morte quoque furtiva et de ea que post pacem vel treugam factam dicitur*. *Statuti di Brescia* del sec. XIII (*L. M.*, II, 1584, 129-130) *morte palam facta e atroce ferita*. *Stat. comm. Parmæ dig. a. MCCLV* (*M. H. ad Prov. Parmens. et Placent. pert.*, I, 1856, p. 273). *Statuti del com.*

qualsiasi genere (1), incendio di case o messi, taglio d'alberi fruttiferi, ecc. (2).

Frequentemente si combatteva per mezzo di campioni, tanto che la professione di campione divenne un mestiere lucroso: accanto ai campioni, le consuetudini di Milano e gli statuti di Padova ricordano le *prave persone*, che non fanno veramente professione di campioni, ma prestano però il loro servizio come tali.

Secondo gli statuti di Padova, la loro mercede è sempre metà di quella dovuta ai campioni *approbati* (3).

di Padova (P., 1873, cap. 875, 718). *Cons. di Messina e Trapani*, cit. Cfr. un documento del 1226 nel citato *Cod. diplom. d'Orvieto*, p. 114.

(1) *Stat. et privil. civ. Niciæ* (l. c., col. 66), *Stat. Novariæ*, LXXXVII, *Cons. di Milano*, l. c., dove si richiede però che il danno sia di almeno sei soldi. *Statuti di Vercelli*, § 175, *Statuti di Brescia*, a. 1275, (vi si richiede che il danno sia di almeno venti soldi imperiali di moneta bresciana). *Stat. di Parma*, cit., l. III, p. 267, in *causa malefici facti igne vel ferro*, di furto, guasto ecc. Però il capitolo vale solo in « rusticis et hominibus de foris et non in civibus, » eo excepto quod cives possint dicere contra rusticos sed rustici non contra » cives, nec civis contra civem, nisi ubi lex dicit ». Un'aggiunta del 1264 richiede inoltre che il danno raggiunga almeno la somma di dieci lire imperiali. Gli *Statuti del com. di Padova* (687-688) ricordano come cause di duello i *dannis bestiarum*, cioè furto ed uccisione d'animali domestici. Qui si possono anche citare gli *Statuti d'Alessandria* (f. LIX) « et liceat ei in domo » cuius lapides proiecti fuerunt, vel hostia seu colonne percusse fuerunt vel cum » archu, vel cum balista, vel in domo tractus fuerit probare per pugnam contra » eum de quo dicitur extraxisse vel extrahi fecisse... » (Cfr. *Lombarda*, I, 24, 3).

(2) Fra gli altri casi in cui si ricorre al duello ricordiamo la fabbricazione di false monete (*Stat. di Brescia*, l. c. *Cons. di Messina e Trapani*, cit.), il ferimento dei consoli o pubblici ufficiali (*Brescia*, l. c., *Bologna*, l. XI, rubr. LII (III, p. 305). Nelle *Cons. di Milano* è accordato il duello fra il padrone e il *massarius* quando nasca dubbio *an res de qua agitur sit de eius massaritis an non*; negli *Statuti di Padova*, quando un servo abbia ucciso il nemico del suo padrone, questi deve dimostrare col duello che non lo istigò a farlo, a meno che egli non consegna il servo colpevole. Le costituzioni di Federico II (II, XXXIV) e gli *Statuti di Como* (CCXX), l. c., p. 87) proibiscono di usare il duello in causa *depositi*, dove era prescritto dagli Ottoni.

(3) *Cons. Med.*, I. c., « Fit autem pugna per campiones, interdum per pravas » (BERLAN: *primas*) personas que nunquam pugnam sive duellum fecerunt... ». Gli *Statuti di Padova*, 875, distinguono fra *campio approbatus* e *bravus campio*. *Stat. di S. Germiniano* (1255) II, 8 (PERTILE, VI, 354, n. 27): *Et quod pugna non sit per domesticos sed blavos campiones*.

Così si era abbandonato quasi in tutta Italia l'antico diritto, per cui *pugna semper admitti debet inter principales personas*, e nessuno era omai tenuto in persona al duello, se non lo richiedeva egli stesso (1): vi sono anzi alcuni statuti che non ricordano nemmeno il duello fra le parti.

Nella scelta dei campioni vi è diversità fra i vari statuti: talora essi sono scelti da chi deve presiedere al duello, e solo dopo che hanno combattuto si svela a chi appartenesse il campione vincitore (2), altrove si procura di avere due campioni di eguale forza e valentia, e si lascia poi la scelta all'accusato (3), od infine si lasciano le parti libere intieramente di farsi rappresentare da chi meglio lor piaccia (4).

(1) *Cons. Med.* «.... et hoc arbitrio illius qui convenitur plerumque relinquitur utrum per se velit pugnare vel campionem, vel aliam personam. Et si per se pugnare elegerit arbitrio iudicis inspecta utriusque persona, si milis ei ad pugnandum datur...». Pare quindi che l'attore non avesse diritto a combattere in persona, almeno senza l'approvazione del giudice. *Stat. Novariæ*, lxxxvii (c. 590) «... in omnibus illis causis de quibus duellum indicabitur, licentiam dabo tam actori quam reo de campione dando; ita tamen ut campiones sint consimiles. *Stat. Comm. Parmæ*, p. 287. L'accusato può sempre a sua scelta combattere in persona o per mezzo di campione; invece l'accusatore è obbligato a porre per sé un campione quando l'avversario non voglia combattere in persona. Gli *Statuti di Nizza* (l. c., 66: *defendere semet per bellum contra suum parem*, 69: *appellatus debet se defendere per bellum et par cum pare*), le leggi del consolato di Genova del 1143 e gli *Statuti di Brescia* (*per pugnam se defendet vel per iudicium*) pare impongano almeno all'accusato di combattere in persona.

(2) *Stat. di Bologna*, II, 5: «... et postquam pugiles electi fuerint quod nesiatur cuius sit pugil, ma si facciano due polizze (*brevia*) coi nomi delle parti, ed un fanciullo ne ponga una nella giubba di ciascun campione.

(3) *Liber iuris... Veronæ*, c. 126: *ut coequatis camphionibus, electio detur reo*. *Stat. Parmæ*, p. 287: l'accusato ha la scelta fra i due campioni *usitiles et bravi*.

(4) *Cons. di Milano*: «... si vero per campionem pugnare voluerit (ille qui convenitur) quemcumque voluerit campionem accipiet, et adversarius eius similiter». *Atto di pace dei conti Aldobrandeschi*: gli avversari possono di comune accordo scegliere i campioni, in caso contrario si fa la scelta *per ipsam curiam*, ed allora, se di nuovo non si può venire ad accordo fra le parti, si ricorre alla sorte. Cfr. anche gli *Statuti di Novara*, cit. sopra, n. 1.

Va poi notato che molti statuti proibiscono l'uso di campioni che non siano della città o del distretto (1), e fissano un limite alla mercede, che si doveva pagare per la loro opera (2).

Ad ogni modo il duello era una procedura assai cara, specialmente dovendosi pagare ordinariamente anche un diritto, che era una regalia dei signori feudali, o dei vescovi; perciò i poveri, se accusati, ricorrevano spesso alle ordalie. Per altro gli statuti di Novara (3) impongono al podestà di dare a spese del Comune la somma necessaria ai parenti poveri dell'assassinato, quando fossero disposti a sfidare a duello colui, che per qualche indizio, o per fama pubblica, era ritenuto colpevole. Chè anzi gli stessi statuti di Novara, come quelli di Vercelli, ed altri ammettono il duello ordinato d'ufficio dal podestà stesso a spese del Comune (4). Questa specie di duello, resa possibile solo dall'uso dei campioni, era senza dubbio un ottimo espediente, dato naturalmente lo stato di cose allora esistenti, perchè metteva il podestà in grado di chiamare in giudizio colui contro cui vi fosse una *violenta presunzione* di colpa, e che pure sarebbe rimasto impunito per ignavia, o dolo dei lesi. Però per non gravare eccessivamente le finanze del Comune, o meglio forse, perchè non si abusasse, usando il duello come mezzo d'inqui-

(1) *Stat. di Bologna*, II, 5: *et debeat fieri (pugna) per homines nostræ civitatis et districtus et non per alios. Stat. Novariæ*, LXXXVII: *et sint campioni de civitate Novarie, vel iurisdictione Novarie. Stat. Vercell.*, § 88. *Stat. di Padova*, 875. *Stat. Parmæ*, p. 287. *Stat. Brixie*, 1584, 250 in PERTILE, VI, 355, n. 34.

(2) *Stat. di Novara*, l. c. *Vercelli*, l. c. *Verona*, c. 125: (*De precio et salario camphionum*). *Parma*, p. 287. *Padova*, c. 875. Cfr. PERTILE, l. c. n. 36.

(3) *Stat. Nov.*, xcix (p. 599).

(4) *Stat. Nov.*, l. c. (omicidio). *Stat. Vercell.*, § 175 (guasto, furto, incendio). *Brescia*, a. 1247, l. c., 1584, 129-130 (morte *palam facta*, atroce ferita, ferita di consoli e pubblici ufficiali ecc.), «per pugnam si liber est, si vero servus » per iudicium, *expensis comunis* » (seppure non si riferisce solo all'ordalia). Anche a Bologna il duello doveva certo ordinarsi d'ufficio, quando fosse ferito un'anziano o un console (l. XI, rubr. *in cit.*).

sizione, era proibito di imporlo da parte del Comune a più d'una persona per ogni reato (1).

In generale va poi osservata una restrizione di grandissima importanza che si fa strada in quasi tutti gli statuti e nella pratica, ed è che al duello non si può ricorrere se non vi siano indizi a carico del reo (2), per non parlare della restrizione pratica se non teorica, che, tenuto conto della tendenza dei nostri giureconsulti, si può ravvisare nella facoltà accordata talora al podestà (3) di procedere a suo arbitrio col giudizio di Dio, o colla tortura o altrimenti. Infatti, benchè negli statuti del XIII secolo si trovino moltissime restrizioni all'uso della tortura, certo i giureconsulti erano favorevoli a questo mezzo di inquisizione giu-

(1) *Stat. Vercell.*, l. c. « ... et quod aliqua villa vel burgus non possit facere cere fieri nisi unum tantum duellum contra malefactorem sive malefactores » (a. 1242). Cfr. *Stat. Nov.*, l. c.

(2) *Stat. di Bologna*, II, 5: « ... et qualis qualis fuerit presumptio. XI, 52: et si de aliquo vel aliquibus esset publica fama ipsum dictum maleficium fecisse. *Stat. Novarie*, LXXXVII: *indiciis et presumptionibus manifestis precedentibus*. XCIX: « dum tamen indicia et presumptiones seu fama communis » inde sint vel inimicitie capitales... quos violenta presumptione cognoverit » potestas illud maleficium perpetrasse... etc. ». *Stat. di Brescia*, l. c.: si presumptio iusta que moveat bonum virum erit adversus eum... *Liber iuris Veronæ*, 78: si persona suspecta sit, sine indicio, si autem suspecta non fuerit, cum indicio...

Una sentenza dei consoli di giustizia di Como del 1177 a favore dei monaci di S. Eufemia contro un certo Ottone, perchè « ex parte predicti Otonis nihil » probatum fuit, ex quo falsitatis suspicio oriretur, absolvit predictos canonicos... nec duellum de falsitate ipsius instrumenti debere fieri ordinavit, » quia ipsum instrumentum omni suspicione carere visum est ». (*L. M.*, II, p. 381). *Cons. di Milano*: « ... hoc ita, licet olim aliud, hodie servatur, ut non- » nisi suspiciosa persona de furto possit ad pugnam reduci... ». Per contro ANDREA DA ISEBRIA, O. C. *De pace ten. Freder.*, n. 6, asserisce che non si può ammettere il duello, quando il fatto è notorio, o vi sono altre prove, od infine il reo è » inquisitus iudicis officio, in casu quo valeat inquiri iure romano, puta » de speciali mandato principis ». Se invece l'inquisizione fu causata da denunzia privata, il denunziante si ha per accusatore.

(3) *Liber iuris... Veronæ*, 75: « bona fide operam dabo ad inveniendum » si falsi fuerint testes, nec ne, sive per pugnam vel iudicium seu tormenta » vel alio quoquo modo secundum meum bonum arbitrium, sed tunc demum » cum requisitus fuero ». *Stat. Ripæ* (1274), c. 17 in PERTILE, VI, 374, n. 122.

stificato in qualche modo dal diritto romano, quanto per contro erano avversi alle ordalie e al duello.

Le ordalie, di cui non abbiamo ancora parlato sono ancora prescritte abbastanza frequentemente nel XIII secolo. Le abbiamo così insieme al duello negli statuti di Benevento, Milano, Brescia, Verona, in una deliberazione della credenza di Vercelli del 1207, ecc. Sul loro uso variano le regole: talora sono prescritte per i poveri (1), che non possono pagare i campioni; altrove per i servi (2), mentre il duello è riservato ai liberi; talora si lascia la scelta fra il duello e le ordalie all'accusato (3), più spesso ai magistrati (4). Le forme più usate sono il ferro infuocato e l'acqua fredda, le sole, credo, che compaiono negli statuti; già dissi come i vomeri infuocati siano stati confusi colle prove del ferro rovente (5), e come il *iudicium feretri* non si trovi che in epoca recente, e senza il carattere di giudizio di Dio (6). Si trova invece traccia del *iudicium offæ* in una ben nota novella di Bocaccio ed in alcuni formulari (7).

(1) *Cons. di Milano*, l. c. « De iudicio vero aquæ frigidæ illud scire oportet » quod tunc demum ad illud pervenitur, cum accusatus *propter paupertatem* » pugnare per campionem non potest, nec persona, quæ convenitur habilis » est ad pugnandum ». Si reputa povero chi ha meno di C soldi. La prova dell'acqua fredda si fa per *puerum virginem ligatum*.

A Milano non si ammetteva la prova del ferro infuocato, benchè a quanto affermano le consuetudini, in *quibusdam locis iurisdictionis domini archiepiscopi mediolani secus obtineat*.

(2) *Statuti di Brescia*, cit. sopra, pag. 429, n. 4.

(3) *Vercelli*: Deliberazione della credenza cit.: « Si contigerit quod aliquis » eorum (Passardorum) vellet dicere quod in hoc non culpasset neque mali » gnaverit, volens se defendere per pugnam vel per iudicium *ferri calidi per* » quod voluerit ex his duobus, tunc eius defensio recipiatur ».

(4) *Liber iuris... Veronæ*, 75, cit. sopra, p. 430, n. 3. *Statuti di Brescia*, l. c.: « Si presumptio iusta que moveat bonum virum erit adversus eum per pugnam se defendet vel per iudicium ad arbitrium potestatis vel consulum ».

(5) V. sopra pag. 189, n. 1.

(6) V. sopra pag. 200 seg.

(7) *Giorn. VIII*, nov. VI (i. e. io so fare la esperienza del pane e del formaggio, e vederemmo di botto chi l'ha avuto). In un messale della cattedrale di Palermo si contiene un *ordo iudicii aque frigide, calide, panis et casei*. (Cfr. su questo ed altri messali siciliani in cui si contengono formulari pei giudizi di Dio, *La MENTIA, Legisl. di Sicilia*, nota a pag. 218-220). È notevole la

Le ordalie scomparvero molto più presto del duello per le cause cui abbiamo accennato, specialmente perchè esse non possono come il duello sussistere quando venga meno la fede nell'intervento divino. Quindi non le troviamo più menzionate negli statuti di Vercelli, (mentre lo sono nel citato documento del 1207) ed in molti altri statuti che conservano il duello, le troviamo proibite da Federico II e forse anche dalla consuetudine di Como, i cui statuti debbono espressamente avvertire, che non decade dal suo diritto chi provochi l'avversario *ad vetitum examen* (1).

Quanto al duello, basterebbe a provare che non si aveva cieca fiducia in esso, il vedere da un canto diminuite regolarmente

scarsità di simili *Ordines* nei manoscritti italiani, forse in seguito alla dispersione di molte biblioteche monastiche e capitolari. Un libro liturgico, *finiens in benedictione ferri iudicialis* è indicato nel catalogo della biblioteca del Monastero di Bobbio del 1461 (pubblicato da PEYRON, n. 51); ne feci inutilmente ricerca fra i volumi passati nella Nazionale di Torino. Sopra un rituale milanese v. CANTÙ, l. c.; sopra due vaticani, probabilmente d'origine italiana, GAUDENZI in *Atti e mem. della R. Dep. di S. P. per le Prov. di Romagna*, 1885, p. 472 seg.

(1) *Const. R. Sic.*, l. II, t. XXXI. *Stat. di Como*, cxcvii, a. 1281. La proibizione di Federico II merita di essere riportata per lo spirito di razionalismo, che vi si rivela: « *Leges que a quibusdam vulgaribus sunt dicte paribiles... a nostris iudiciis separamus... Eorum etiam sensum non tam corrigendum duximus quam delendum* (meglio forse *deridendum* come nelle vecchie edizioni) qui naturalem candentis ferri calorem tepescere, immo (quod est stultius) frigescere *nulla iuxta causa* superveniente confidunt, aut qui reum criminis constitutum ob conscientiam lesam tantum asserunt ab aque frigide elemento non recipi, quem submergi potius aeris competentis retentio non permittit ». (Cfr. gli statuti di Carlo I citati da DU CANGE e MURATORI, *Antiq. Diss.*, 38: « *Quant aucuns estoit accusez d'aucun crime dont il deust estre noyez, s'il n'estoit coupables, il ne poviet noer, mais ce n'est mie voirs; car ce fesoit li banfices de l'air, qui le retient, non mie autre chose* »). In Federico II è notevole il non trovare alcun accenno alla proibizione ecclesiastica. Sulle innovazioni da lui introdotte nel processo, prendendo a modello il diritto romano, v. BRANDILONE, *Il D. Romano nelle leggi normanne e sveve del R. di Sicilia*, 1884, p. 44-45. Cfr. anche DEL VECCHIO, *La legisl. di Federico II imperatore*, p. 141-49; VITO LA MANTIA, *Storia della legislazione civ. e crim. di Sicilia*, pag. 215 seq. Quest'ultimo autore esagera certo affermando delle ordalie, che è probabile che esse di rado o non mai siano state adoperate in Sicilia, nè vale a confortare la sua ipotesi l'analogia che egli trovò nell'*ordo* di Palermo (cfr. sopra pag. 431, n. 7) con altri *ordines* stranieri.

le pene (1) per coloro che fossero convinti con esso, dall'altro equiparata con ogni cura la condizione dei combattenti.

Del resto, Federico II dichiara espressamente di riconoscerlo in se ingiusto anche nei pochi casi in cui lo conserva per terrore e ritegno dei colpevoli (2), e le consuetudini di Milano precorrono in qualche modo Andrea da Isernia, e sembrano ammettere che nell'esito del duello abbiano gran parte le forze individuali, mentre nell'esito delle ordalie riconoscono il giudizio divino (3). Però le stesse consuetudini prescrivono per i campioni la messa e la benedizione, per non parlare della specie di consacrazione religiosa, che veniva al duello dai giuramenti, prestati prima dai campioni, ed in seguito dalle parti, o da chi ne avesse la legale rappresentanza (4). Qui torna in acconcio di osservare che nelle consuetudini di Milano, come negli altri statuti, per quanto io sappia, se non vi è completa unità di principî sulla questione tanto dibattuta dei giuramenti da prestarsi dalle parti, non s'impone però mai all'attore il giuramento *rem sic esse*, bensì un semplice giuramento *de astu, quod certam habet suspicionem*, mentre l'accusato deve giurare di essere innocente (5).

(1) *Statuti del com. di Padova*, 718. *Stat. comm. Vercellarum*, § 87. Cfr. ROFR., XII. Gli statuti di Novara, CLXXIII, puniscono invece con enorme sproporzione il testimonio falso con una multa di 25 lire, se è convinto altrimenti che col duello, di 100 se invece lo è con quest'ultimo; così si voleva certo spingere i rei a confessare, e diminuire il numero dei duelli.

(2) *Const. R. Sicil.*, II, XXXII: « Nec mirum si lese maiestatis reos, homicidas furtivos atque veneficos pugne subiicimus non tam iudicio quam » terrori, non quod in ipsis nostra serenitas iustum estimet quod iniustum » in aliis reputavit, sed quod in eorum penam et aliorum exemplum publice » in conspectibus hominum sub tremenda probationis specie tales constitui » volumus homicidas.... ».

(3) *Cons. di Milano*, I. c.: « Pugna ex eo dicta est quod pugno et viribus » corporis certant qui congregiuntur: iudicium autem calentis ferri seu aque » frigide non proprie pugna dicitur, quia non ex viribus corporis formatur, » sed potius divino alias iudicio relinquitur,.... ».

(4) *Cons. cit.*: *campiones missam audiunt et armis iuxta altare positis benedictionem a sacerdote accipiunt et arma signantur*.

(5) Nelle consuetudini di Milano, l'attore giura *quod certam habet suspicionem*, il reo *quod non asto animo venit ad defendendum et quod non fecit*

6. — Dopo aver detto brevemente del giudizio di Dio negli statuti italiani, ci conviene ora ricercare a chi spettasse il diritto di presiedere ai duelli, ed esigere le somme non indifferenti che si pagavano dal vinto. La questione fu già trattata da Ficker e Pertile (1), e a noi non resta che accoglierne le conclusioni.

Presiedere al duello è attribuzione della giurisdizione imperiale, e spettava quindi originariamente ai *missi*, ai *comites* e ai vescovi in quanto rivestono la qualità di *missi*, e ne hanno le attribuzioni. I consoli delle varie città italiane, la cui giurisdizione era forse dapprima arbitrale e ristretta alle cause civili, indugiarono ad attribuirsi il diritto di duello: essi ordinavano bensì i duelli, ma questi dovevano poi aver luogo in presenza del *missus* o di chi ne faceva le veci. Però in seguito, quando le città italiane si sottraevano sempre più all'autorità imperiale, si finì per privilegi o per lenta usurpazione col rivestire i consoli, o il podestà, anche del diritto di presiedere ai duelli, salvo forse colà, dove i vescovi presenti e gelosi custodi dei propri privilegi si opposero ad ogni innovazione, come per es. a Novara e a Vercelli.

In conferma di quanto ora si disse, stanno numerosi documenti, ricordati già da Ficker e Pertile. Troviamo così, che nel 1112 i consoli di Pavia mandano ad *comitem sacri palatii*, qua-

furtum (cfr. SALVIOLI, *Iusiurandum*, p. 56, n. 1); secondo gli *Statuti di Vercelli* (§ 66 e 88) l'accusatore giura parimenti di credere l'avversario colpevole, questo di essere innocente; a Verona gli avversari giurano *secundum legem* (*Liber iuris*, 78); a Parma l'accusato d'omicidio *vel de aliqua re* giura: *ego non feci nec consiliatus fui, nec fraudulentam culpam commisi ut id fieret*, e si ordina il duello se l'avversario intende impugnare il giuramento (*contradicere voluerit*) dicendolo falso. (*Stat. comm. Parmæ*, p. 273). Le costituzioni di Federico II, II, xxxviii, prescrivono che i campioni giurino di credere *dominum pro quo pugnam intraverint veritatem favere*, e di esser quindi pronti a far in suo favore quanto potranno: perciò in caso di frode o d'ignavia venivano gravemente puniti come spergiuri (II, xxxix). Sempre ad evitare le frodi è ordinato che il campione vinto non sia più ammesso a combattere (II, xxxvii), se non è accusato egli stesso.

(1) *Forsch.*, II, 15 seq.; 40 seq.; 53 seq.; 59, 87, n. 3 ecc. PERTILE, VI, p. 358-59, n. 48-49. Cfr. anche SALVIOLI, *Giurisd.*, II, 169-171.

tenus Papiam veniat et hoc bellum dei adiutorio videat et discernat (1), che nella già citata *Reconciliatio Cæsareæ* (2) si esige nei duelli la presenza del nunzio imperiale, che nelle consuetudini di Milano del 1215 si ricorda espressamente che solo *pace facta cum domino Federico imperatore* (dopo la pace di Costanza), *absque misso regis consul Mediolani duellum iudicat disponit, et ordinat*. È infatti da notarsi che a Milano il giudice, ordinando il duello, dichiarava anticamente di farlo in qualità di *missus*: *Ego autem auctoritate missi qua fungor, iudico pugnam inde fieri* (3).

Vediamo poi che il diritto di duello spettava per es. ai conti di Vitaliana, di Biandrate, ai signori di Robbio, ai Comino, ai Prato, e lo troviamo accordato nel 1116 a Corrado e Guido Cani, nel 1159 a Tinto Mussa di Cremona, nel 1195 a Salinguerra Taurello di Ferrara, nel 1167 ad Arnolfo di Dornstadt detto Barbavaria, nel 1210 al Conte di Castello e via dicendo (4).

Inoltre il diritto di duello, benchè non ricordato espressamente, era certo accordato ogni qualvolta si accordava nelle investiture il diritto di giudicare con autorità di *missus*. In ogni caso il diritto passava poi naturalmente agli eredi.

I vescovi verso la fine del periodo carolingio avevano nelle loro diocesi tutte le attribuzioni di *missi*, come vediamo prescritto in una legge dell'876 (5); questa però cadde ben presto in desuetudine, e s'introdusse invece l'uso di accordare solo ai

(1) ROBOLINI, *Notizie appartenenti alla storia della sua patria*, Pavia, 1823, (in FICKER, II, 54).

(2) Cfr. sopra pag. 290, n. 5.

(3) *Cons. di Milano*, I. c.

(4) FICKER, *Urk.*, n. 193 (a. 1196, 26 nov. I consoli di Cremona fissano i diritti del conte di Sopramonte (Cavalcabò) di Vitaliana). — M. H. P., *Chart.*, I, 708 (a. 1093) e BÖHMER, *Acta imp. selecta*, n. 90 (a. 1156); diritti dei conti di Biandrate. — MANDELLI, *Il com. di Vercelli nel M. E.*, Vercelli 1857, II, 54. — VEROI, *Storia degli Ezzeolini*, III, 106, 124, 134. — MORIONDI, *Mon. Aquens.*, 1789, I, 46 (Corrado e Guido Cani). — BÖHMER, *Acta*, 99, (Tinto Mussa). — TOEHE, *Kaiser Heinrich.*, VI, 1867 (Salinguerra). FICKER, *Urk.*, n. 141 (Arn. di Dornstadt). — MORIONDI, II, 552 (Conte di Castello). In Aosta nel 1263 i duelli erano presieduti dal *vicecomes*. (CIBRARIO, *Storia della Mon. di Savoia*, II, 351.

(5) M. G. H. LL., I, 531. Cfr. FICKER, *Forschungen*, II, p. 12 seq.

vescovi di certe diocesi la giurisdizione e le attribuzioni di *missi*, e quindi anche il diritto di presiedere ai duelli, diritto che essi esercitavano talora in persona, più spesso per mezzo di rappresentanti detti *advocatores* o *advocati ecclesiae* (o *episcopi*, *nuntii* etc.). Avevano il diritto di presiedere essi stessi ai duelli, o nominare *missi*, ad es. i vescovi di Parma, Vicenza, Arezzo, Volterra, Siena, Tortona, Piacenza, Reggio, Modena, Ceneda, Vercelli, Casale, Novara, il patriarca d'Aquileia, ecc. (1).

Le città italiane cercando di sottrarsi in pratica all'autorità imperiale, anche quando la riconoscevano di nome, vollero pure rivendicare ai propri magistrati il diritto di duello, spogliandone coloro che lo esercitavano per mandato imperiale. Così, per privilegi ottenuti dagli stessi imperatori, i consoli di Pavia e

(1) Privil. al vescovo di Parma del 962, 989, 1004. (Affò, *St. della città di Parma*, 1792, I, 351, 367, 380. Cfr. FICKER, *Forsch.*, II, 15, n. 3). — Privil. al vescovo di Vicenza 1001. (BÖHMER, *Acta*, 29): « liceat ei et successoribus suis » ex militibus eiusdem ecclesiae publicum nostrum missum ... constituere, ante » quem... bella more comitum diffiniantur ». — Arezzo (1010). MURAT., *Antiq. It.*, III, 643. — Volterra 1052. MURAT., I. c., 641. — Siena 1055. PECCI, *Storia del vescov. di Siena*, Lucca 1748, 121. — Tortona a. 1199: et ante dominum Ottonem Terdonensem episcopum et comitem et in eius presentia pugnasent... Chart. Derthonense, Aug. Taur. 1814, p. 78. — Piacenza a. 1162: il podestà riconosce fra i diritti del vescovo anche le pugnae iudicatae. CAMPI, *Dell'istoria ecclesiastica di Piacenza*, II, 358. — Reggio: TIRABOSCHI, *Codice diplomatico* in appendice alle *Mem. stor. Mod.*, n. OLXXXIII (t. II, p. 24). Diploma del 1027 in cui si concede al vescovo si quis vel homines Ecclesiae interpellaverit vel ab hominibus eiusdem Ecclesiae interpellatus fuerit. ut habeat nostram imperialem auctoritatem omnes suarum terrarum causas agendi, duellum iudicandi, legem et iustitiam faciendi. — Modena. Doc. del 1227 in TIRABOSCHI, I. c., n. DCCLXXXIII (t. IV, p. 89). V. in seguito p. 437, n. 3. — Ceneda: nel 1230 il vescovo pretende che i duelli si facciano in sua presenza. VEROI, *Storia della marca Trivigiana*, Venezia 1786, I, 77. — Vercelli: MANDELLI, II, 79, ecc. — Casale: a. 1203. DE CONTI, *Not. della città di Casale*, 1839, 2, 348. — Novara: cfr. sopra pag. 404, n. 3, ed in seguito pag. 437, n. 2. In un documento del 1076 il re concede ad Alberico e Lanfranco « lites » et contentiones per duellum in Laudensi comitatu, quem ex ecclesie pontificis » parte tenent, ante eorum presencia deffinire... ». FICKER, *Forsch.*, II, 27 da BÖHMER, *Acta*, 62. — Aquileia: CANGIANI, I. c., IV, 8.

di Crema ordinavano e presiedevano ai duelli, come per consuetudine i consoli di Milano, ed il podestà di Verona (1).

Per contro, quando il comune di Novara cercò di attribuirsi il diritto di duello insieme a molti altri diritti competenti al vescovo, questi si oppose energicamente, ed ebbe infine ragione delle pretese del Comune per sentenza arbitrale del vescovo di Torino (1219), della quale dovettero appagarsi i cittadini, poichè ad es., in un documento del 1241 troviamo un Paganus de Casalino, il quale prometteva ai vicari del vescovo di pagare una discreta somma di denaro se il suo campione soccombeva in un certo duello (2).

Del resto ci occorre già di ricordare che il vescovo di Vercelli conservava il suo diritto di presiedere ai duelli persino al principio del XIV secolo.

Eguale diritto pretendeva anche il vescovo di Modena insieme a molti altri, e perciò intentò al comune una lite durata poi *per multos annos... in multis laboribus et expensis*, finchè nel 1227 si venne ad una transazione, in cui è assicurato al Comune il diritto di duello ed altri parecchi (3).

Attribuzioni di chi doveva presiedere al duello erano fissarne il termine e prorogarlo, quando vi fosse giusto motivo (4), assistere in persona o per rappresentante al duello, regolarlo e giudicare dell'esito, quando insorgessero controversie. In compenso si esigeva una somma di danaro a titolo di regalia, e si riscuotevano le pene pecuniarie in cui incorresse il vinto (5).

(1) Pavia: a. 1164 e 1191. BÖHMER, *Acta*, 113, 166. — Crema: a. 1185. BÖHMER O. c., 145. — Milano: Cfr. sopra p. 435. — Verona: *liber iuris*, 75, 78.

(2) Cfr. sopra p. 404, n. 3. La sentenza arbitrale è anche citata nei *M. H. P. L. M.*, II, 1, col. 590, n. 2, dove si trova il docum. del 1241.

(3) TIRABOSCHI, *Cod. dipl. cit.*, n. DCCCLXXIII (IV, 89) seq.

(4) Cfr. sopra pag. 290, n. 5.

(5) Cfr. PERTILE, *Op. c.*, VI, 659 e n. 64-65 e il documento citato sopra p. 13 n. 3. Dove il diritto di duello spetta al Comune, ad esso si paga pure la tassa. Perciò ad es. nel trattato fra il comune di Pistoia e gli abitanti di Carmignano, questi si obbligano a combattere a Pistoia. V. *Stat. Comm. Pistorii*, ed. Zdekauer, 1888, p. 216 (IV, 21).

Per i duelli ogni città aveva fissato un luogo, che si cingeva con corde, o d'uno steccato (1): le armi erano dapprima i bastoni, prescritti ordinariamente dal diritto franco-longobardo, e con cui combattevano specialmente i campioni. Però, già Federico II ordina che non si combatta ad elezione dell'accusatore, ma secondo la qualità dell'accusato, quindi a cavallo, se è soldato equestre a piedi se fante (2). Ordinariamente si considera vinto chi è caduto in modo da toccar la terra col capo (3), o chi fu gettato fuori dallo steccato, o chi si riconobbe vinto.

Se questi è l'accusatore, è punito in vario modo, secondo i vari statuti ed il genere dell'accusa: talora la pena è pecuniaria e fissa, talora arbitraria: non si trova però più la barbara usanza di tagliare la mano al vinto, come spergiuro.

7. — Come si disse, il giudizio di Dio scomparve dagli statuti italiani fra la seconda metà del XIII, e la prima del XIV. Sottratte intanto in molte terre d'Italia le signorie ai liberi Comuni, cresciute ancora le guerricciuole, e le discordie, il duello che i giureconsulti, cultori del diritto romano, erano riusciti a bandire dai tribunali ordinari, ed in cui era certo diminuita assai la fiducia in quanto giudizio di Dio, continuò ad essere usato specialmente fra le soldatesche e fra i gentiluomini delle corti. Ed esso infatti corrispondeva in qualche modo ad un bisogno del tempo, non tanto come mezzo di prova, quanto come procedura straordinaria, a cui l'onore impone di sottoporsi, quando anche non l'impongano le leggi. Il potente, contro cui i testimoni non oserebbero deporre, nè i giudici inquisire, colui che la fazione dominante salverebbe per spirito di parte, l'abitante d'altra città che non si presenterebbe davanti ai giudici del leso, e che facilmente manderebbe a vuoto il giudizio, se citato davanti ai suoi giudici naturali, trovano nel duello un

(1) ROFREDO, VII. Cfr. JAC. DE LIGNANO in *T. U. I.*, XII, 283, n. 8. PAR. DE PUTEO, in *T. U. I.*, XVI, 391, 1.

(2) *Const. Regni Sic.*, II.

(3) *Cons. di Milano*, l. c. Non basta quindi che una delle parti sia ferita, e perciò anche nei frammenti torinesi della *Lombarda* (ricordati sopra p. 294, n. 2) la glossa aggiunge: *ita ut cadat* alla frase *et ei ferita venerit* della legge 23 l. 1, tit. IX.

ritegno, che non danno le leggi. Il duello non è giusto, come osserva Federico II, ma è, o può parere, utile. Qui possiamo dunque a ragione ricordare l'idea di chi, come Vico, ritiene il duello introdotto per mancanza di leggi giudiziarie, e notare una specie di ricorso, però, come sempre non completo.

Infatti il duello non è più un atto della procedura ordinaria, un mezzo di prova qualsiasi, ma non dipende nemmeno esclusivamente dalla volontà delle parti, anzi il permesso del principe (cioè a dire di chi non riconosce nelle sue terre alcun superiore diretto) è condizione essenziale, su cui insistono tutti i giureconsulti. Questo permesso del principe è di non piccola importanza per la trasformazione del duello giudiziario in duello cavalleresco, poichè per esso perde quasi ogni valore pratico l'enumerazione dei casi in cui è permesso il duello, enumerazione da cui il principe non potrebbe essere vincolato.

Cessando poi il duello di essere un mezzo di prova della procedura ordinaria, perdeva da un canto quasi ogni valore la regola pur ripetuta ancora per secoli, che al duello non si può ricorrere quando vi siano altri mezzi per accertare la verità, dall'altro era minata l'istituzione dei campioni, che sono necessari solo quando il duello è imposto per legge e come mezzo di prova.

Del resto, quando un'istituzione subisce una trasformazione così radicale, quale è il mutarsi del duello giudiziario in cavalleresco, deve naturalmente precedere un lungo periodo di transizione e d'incertezza, in cui l'antico ed il nuovo concetto si confondono in strano ed illogico connubio, che rende impossibile ogni definizione netta e precisa. Questo periodo di transizione dura circa tre secoli, cioè dal xiv alla fine del xvi, durante i quali non è difficile, esaminando gli autori che scrissero sul duello, raccogliere una quantità di passi in cui l'esito è proclamato incerto, o fatto dipendere dalla forza e dalla valentia dei combattenti, e contrapporne poi altri in cui invece il duello è esplicitamente detto giudizio di Dio, e si afferma che la vittoria è prova del buon diritto.

Bisogna quindi saper distinguere ciò che si ripete per tradizione, da ciò che in ogni autore vi è di veramente nuovo e

rispecchiante la progressiva trasformazione dell'istituzione da noi presa a studiare. Con tale avvertenza noi passeremo brevemente in rassegna alcuni fra i principali scrittori, ponendo così termine alla parte riguardante l'Italia. Di fronte all'apologia di Dante abbiamo già ricordato un consiglio di Oldrado (+ 1335), in cui si condanna l'uso del duello *quia subtrahit iusticiam a fortitudine*: però la prima opera (1), in cui, dopo Rofredo, si tratti di proposito del duello è quella di Giovanni da Legnano, scritta nel 1360 col titolo: *De bello, de repressaliis, de duello* (2). Giovanni da Legnano distingue tre specie di duello (3), secondochè si combatte per odio, o per far mostra di forza, od infine per purgarsi da una accusa: lasciando poi le due prime specie proibite da ogni diritto, egli si restringe specialmente alla terza, che in alcuni casi è ammessa dal diritto longobardo, ma qui prende a modello la *Summa* di Rofredo, e d'originale ha poco o nulla. Possiamo solo tener conto della parte quarta in cui si dimostra che il duello è proibito dal diritto divino, dal canonico e dal

(1) Il noto indice di Nevizano, accresciuto da Gomez e da Fichardo (*Index omnium librorum in iure tam Pontificio quam civili passim editorum...*) oltre agli scritti di Paris de Puteo, Giovanni de Lignano, Martino da Lodi, Lopez (Lupus), Rofredo (detto per errore, forse di stampa, Gofre. Beneventanus) e G. B. della Valle di Venafro (Baptistam de Valle), indica sul duello alcune altre opere, fra cui è da notarsi un preteso scritto di Raimondo di Pennaforte, a cui Schulte non accenna nemmeno, e che secondo ogni probabilità non esiste, benchè recentemente lo trovi citato anche da Otto, col titolo *de Bello et duello*, in *Zeitschr. f. röm. Philologie* xiii (1889) p. 110. Si tratta probabilmente dei titoli della *Summa* già citata nel capitolo precedente.

(2) Quest'opera fu stampata nel 1477, 1484, 1487, 1508, s. l. et a. dal tip. Scinzeler di Milano, ecc. Nei *Trac. Un. Juris* si ha divisa in due parti, di cui la prima nel t. xvi, la seconda, che tratta appunto del duello nel xii; vi è inoltre ommesso il proemio conservato nell'edizione del 1487, e da cui risulta che l'opera fu composta nel 1360, anno indicato anche da un Ms. già Colbertino in Fabricio, e dalla citata ed. del 1487 (*Papie, per Christ. de canibus*). (Cfr. anche SCHULTE, Op. c., II, p. 261, n. 20). Il proemio manca pure nel Ms. torinese lat. n. ccxciii (ora G., I, 17) sec. xv, mutilo in fine, per cui l'opera vi si arresta alle prime parole del cap. clxxxii (*T. U. I.*, xvi, 385). Cito per comodità l'edizione dei *T. U. I.*, anzichè quella del 1487, che è senza numerazione di pagine: si noti che le due edizioni furono condotte su Mss. diversi.

(3) Questa triplice distinzione toglie ogni valore ai passi del diritto Romano, citati in appoggio del duello propriamente detto dalla glossa.

civile, (salvi i due casi eccettuati da Federico), benchè nella dimostrazione siano semplicemente svolte ed ampliate le ragioni addotte nella rubrica delle decretali di Gregorio IX.

Poco dopo Angelo de Ubaldis, morto nel 1407, ha un importante consiglio, in cui, oltre ad affermare che non si può ricorrere al duello se non in mancanza d'altre prove e per cause gravissime, per sostenere che a ragione una delle parti, proponendo il duello, esige una pronta risposta, osserva che in *duellis ut plurimum ille vincit, qui fortiori viget prosperitate corpore, quæ prosperitas in modico temporis intervallo atque diluculo variatur* (1). Quest'osservazione, benchè fatta per favorire il proprio cliente, ha certo un grande valore.

Nel xv secolo si va sempre più rafforzando il principio che il duello è permesso solo dietro speciale licenza del principe (2), come troviamo detto ad es. in Martino da Lodi, in Giason del Mayno, e nello stesso Lopez, il quale pur ritiene che peccino i principi concedendo il duello, e che i vescovi possano *sub censuris et penis* proibirlo, *qualecumque licentia principis non obstante* (3).

Con Paris de Puteo (+ 1493) abbiamo di nuovo un'estesa trattazione sul duello, del quale tanti scrittori dovevano poi occuparsi nel xvi secolo. Paris de Puteo scrisse il suo libro prima in latino in undici libri, e lo rifece poi in italiano riducendolo a nove (4). Le tracce di duello giudiziario vi sono ancora fre-

(1) D. ANG. DE UBALDIS, *Consilia*, Francof. 1575, cons. 374, t. 270.

(2) *Tract. de bello...* D. MARTINI LAUDENSIS (*T. U. I.*, xvi, 324 seq.) q. x. « *Duel- lum non est licitum nisi cum causa concedatur a principe...* ». Secondo Giason del Mayno *ad l. ex hoc iure ff. de iust. et iure* (*D. I.*, 1, 5) il duello si usa *aliquando ad purgationem innocentiae coram principe* (*In primam Dig. vet. partem*, Aug. Taurin. 1592, f. 9, n. 31 seq.). Dn. JOH. LUPI, *De bello et bellatoribus*, § *si bene*, n. 9 (*T. U. I.*, xvi, f. 323). (Giov. Lopez è nativo di Segovia, ma scrisse a Roma, dove morì nel 1496. Cfr. SCHULTE, *O. c.*, II, 335). Anche Baldo (*In primam Dig. vet. partem*, Venet. 1586), *Lex V*, n. 18 seq. scrive che il duello « *ex maxima causa licitum est, licentia superioris* ». Cfr. la *Pragmatica* di re Giovanni (1464) in ORLANDO. *Un Codice di leggi e dipl. sicil. del M. E.*, 1857, p. 187 seg.

(3) Così pure PARIS DE PUTEO, *Duello*, II, 13.

(4) L'opera latina (*De re militari*) comparve per la prima volta a Napoli senza indicazione d'anno, ma impressa coi più antichi caratteri del Riessinger,

quenti, tanto più che soventi è presa a modello l'opera di Rofredo; inoltre è detto che chi combatte deve *sopra tutto fondarsi alla iustitia, nè debbe tanto sperare nella sua fortezza, quanto ne la sua ragione* (1), che, *Dio et li pianeti celestiali danno favore alle armi che con iustitia sono pigliate* (2): pure tutto il libro colla sua vacua casuistica mostra abbastanza la trasformazione subita dal duello, a prova della quale basterà a noi accennare a pochi punti.

In primo luogo è richiesta l'autorizzazione dei principi, *li quali hanno da vedere se la causa è iusta et se altrimenti che con la spata se può provare e provvedere, e se li casi per li quali battaglia se recerca offendeno l'honore in gran importantia* (3). Quest'ultimo requisito è caratteristico. L'onore di cui si parla tante volte in Paris de Puteo, non è ancor nominato in Giovanni da Lignano, ed è appunto il primo movente del duello cavalleresco. Per offesa all'onore si può accordare il duello in molti casi, in cui il diritto non avrebbe nulla a vedere, e specialmente ogni qual volta vi sia *smentita*. Anticamente la smentita si trova fra le formalità del duello giudiziario: l'accusato cioè smentisce l'accusatore, o questo impugna il giuramento dell'avversario, e la smentita è seguita da provocazione a duello. Ora, ciò, che prima era formalità, diventa la causa prima del duello, il quale più che dall'accusa dipende dalla smentita, con cui si lede l'onore dell'avversario, come vedremo meglio in seguito.

Anche in materia di campione, lo scritto di Paris de Puteo dissimula a stento il nuovo significato del duello.

che incominciò a stampare nel 1471: il rifacimento italiano comparve parimenti a Napoli e coi tipi del Riessinger, senza indicazione d'anno, fu pure ristampato più volte e tradotto in spagnuolo nel 1544. (Cfr. PANZER, *Ann. Typogr.*, IV, p. 382, n. 86, il *Manuale* di BRUNET ed il *Tresor* di GRAESSE alla v. Puteo). Io cito del libro latino la ristampa in *T. U. I.*, XVI, 586; dell'italiano l'edizione di Venezia, COMIN DE TRIDINO, 1540 (*Duello libro de re, imperatori, prencipi, signori, gentil'huomini...*).

(1) *Duello*, I, 8, ed. cit., f. 19. Cfr. II, 11.

(2) *Duello*, I, c., f. 20.

(3) *Duello*, I, 4, f. 14.

Il servirsi di campioni era stato altre volte privilegio dei principi, salvi i pochi casi espressamente indicati dalle leggi, specialmente dai decreti degli Ottóni: in seguito nei liberi Comuni aveva prevalsa la regola data da Ugo, Rofredo e Giovanni da Legnano, per cui il ricorrervi era sempre concesso a tutti (1).

Invece Paris de Puteo ripete quanto stabilivano le costituzioni di Federico II, e risente pure l'influenza di Rofredo (2), ma non accoglie la regola citata, avvertendo invece che deve dar campioni *quilibet impeditus impedimento personati*, o il provocato, che per dignità o nobiltà sia superiore all'avversario, nel qual caso in pratica si rifiutava invece il duello (3).

In vero, salvi i casi in cui si conservava il duello come istituzione giudiziaria per le costituzioni del regno (4), e salvi alcuni casi eccezionali, l'uso dei campioni non aveva più ragione d'essere.

Dopo Paris de Puteo merita di essere ricordato Diego de Castillo, il cui trattato sul duello fu pubblicato in latino e spagnuolo a Torino nel 1525 (5). Diego era nativo di Zamora, ma la sua opera è calcata su quelle di Giovanni da Legnano e Paris de Puteo, e fu scritta e pubblicata in Italia, per cui non è fuor di luogo trattarne qui nella parte del diritto italiano.

In Diego, le ultime tracce di duello giudiziario tendono a scomparire affatto: egli ripete bensì che «*provocatus cum iustitia pugnans videtur Deum habere propitium* (6)», che la causa del vinto si presume ingiusta *ex quo iudicio belli et Deo teste succubuit* (7), ma riconosce che il duello è proibito dalle leggi divine ed umane, avverte enumerando i casi in cui lo per-

(1) Cfr. sopra pag. 428.

(2) *De re militari*, libro v, *T. U. I.*, l. c., f. 397. Cfr. *Duello*, v, 1 e 3.

(3) *De re militari*, l. vii, l. c., f. 404.

(4) *De re milit.*, I, f. 399.

(5) Cfr. BRUNET e GRAESSE alla v. CASTILLO. Io cito la ristampa del testo latino in *T. U. I.*, XII, f. 284-293.

(6) *De duello*, III, 3.

(7) *De duello*, I, 3, 9.

mettevano le leggi longobarde, che essi non sono più in uso (1), e sconsigliava i duellanti a non porre in pericolo la loro anima, salvo a passar poi con mirabile disinvoltura (2) a raccomandare loro di non lasciar macchiare il proprio onore non combattendo. Il duello, secondo Diego, è permesso *ubi de infamia agitur et in causa ardua, quando quis in honore leditur* (3), possono concederlo tutti coloro, che non riconoscono superiore nelle loro terre, come l'imperatore, il papa (*sic*), il re, i duchi, conti e liberi baroni (4): chi non combatte è ritenuto infame, se però non è fra le persone esonerate dall'obbligo del duello (5), come sarebbero ad esempio i dottori.

Giovanni Battista della Valle di Venafro, il cui *Vallo* (6) stampato nel 1528, tratta del duello per tutto il libro quarto, se ne forma un concetto stranissimo, poichè oltre ad esigere la giustizia della causa, vuole anche la parità di forza dei combattenti (7), e che essi non siano colpevoli di gravi peccati, indipendentemente dal fatto per cui si richiede il giudizio divino. È in fondo un concetto che si manifesta anche molto prima nei numerosi statuti, che esigono possibilmente l'equiparazione dei campioni, e per la seconda parte nella *Summa* stessa di Rodolfo, dove si escludono i campioni già rei d'altri delitti, ma passando dall'applicazione pratica ad essere enunciato come principio teorico, se ne scopre meglio ancora l'assurdità. Del resto,

(1) *De duello*, II, 4.

(2) *De duello*, n. 42: « ideo et nos postquam animæ conati sumus pro-
» videre, honorique militum, qui nobis semper in maxima habitus fuit vene-
» ratione satisfacere curabimus ».

(3) *De duello*, II, 5.

(4) *De duello*, n. 43.

(5) *De duello*, I, 3, 9.

(6) *Vallo libro — pertinente a — Capitani.....* Fu ristampato molte volte. Io cito l'edizione del 1558, per GIOVANNI GUARISCO e compagni.

(7) *Vallo*, IV, 12, f. 59. Quando un poltrone combatte con un valent'uomo, la ragione, secondo Battista della Valle, non gli presta tanto favore che basta per lui, e parimenti non basta aver ragione a chi è grandissimo peccatore non riconoscendo Iddio, né la sua madre Maria, o presumendo di vincere senza mezzo divino.

nel *Vallo* si tratta, si può dire esclusivamente, del duello cavalleresco, come appare soprattutto nella parte riguardante le smentite e le ingiurie, per cui si deve combattere (1).

Giulio Ferretti (1480-1547) in una sua operetta (2) scritta dopo la morte di Clemente VII (1534), si mostra avverso al duello, che dice condannato da ogni diritto, e narra (3) di aver in tal senso consigliato Carlo V a Bologna in presenza di Ferdinando Gonzaga e di molti altri principi.

Però, applicando forse la massima di Alberico da Rosciate, per cui il duello, usato in pratica così frequentemente, *perinde haberi debet ac si de iure permitteretur*, tratta anche delle varie questioni, che rendevano tanto sottile e vana la così detta scienza cavalleresca, allora appena nascente.

Di queste questioni tratta pure ed ampiamente il libro *de singulari certamine*, che Alciato pubblicò nel 1541 (4), quantunque indubbiamente poco favorevole al nuovo duello cavalleresco.

Alciato rimprovera ai principi italiani la facilità con cui accordano campo franco ai duellanti, lodando invece la moderazione del Parlamento di Parigi, e mette in ridicolo gli italiani suoi contemporanei, nuovi *militēs gloriosi*, che reputano perduto l'onore se per una smentita qualsiasi non ricorrono subito al duello (5). Questo per Alciato, senza esserè più un vero mezzo di prova, è pur sempre un appello al giudizio divino,

(1) *Vallo*, iv, 5 seq., f. 55 seq.

(2) *De duello*, T. U. I., xii, 309.

(3) *De duello*, n. 31.

(4) Ristampato molte volte e tradotto in italiano (1544, 1552), francese e spagnuolo (1550) (s. a. En Anvers, ex casa de Martin Nucio). Io conosco la versione italiana (ed. 1552 con aggiunta di un consiglio dall'Alciato, e di due di Mariano Socino) e la spagnuola. Del testo latino cito la ristampa in T. U. I., xii, 293 e seq.

(5) *De sing. certam.*, c. 4.: « In Italis vero cum de controversia aliqua » verbo inter homines litigatur, qui alterum mentiri dixerit, provocari ad » duellum potest. Censetur enim atrox iniuria, quam si aliter quam ferro hi » Thrasones aboleant, de honore suo actum arbitrantur... ».

che si manifesta nell'esito, corrispondente però alla giustizia eterna e divina, non al diritto civile o pontificio (1).

Nel Muzio Giustinopolitano (2) (1496-1576) parmi di scorgere quasi un tentativo di ricondurre il duello alle sue origini, per quanto era possibile, assicurandogli un'importanza anche giuridica. Per il Muzio, il duello è sempre *una battaglia fatta da corpo a corpo per prova della verità* (3), egli enumera ancora i casi in cui le leggi longobarde permettevano il duello (4), osservando però che «s'è tanto ampliandosi lontanata la licenza moderna, che a volerla restringere in casi particolari sarebbe cosa non che malagevole, ma impossibile», e finisce col consigliare ai principi di non concedere mai campo franco se non quando non v'è altro mezzo di prova, e l'accusa è tale che provata importerebbe la condanna capitale dell'accusato, o lo farebbe dichiarare dalle leggi civili infame e quindi da' *tribunali ributtato* (5). Cionondimeno, Muzio condanna «il costume di coloro, i quali in caso di duello fanno le forche apprestare, et il perditor fanno appiccare incontanente», parendogli più che sufficientemente punito coll'infamia, da cui era per sempre colpito «non per essere stato vinto da uno altro huomo, che necessario è che combattendo due, uno rimanga superato.... ma perciocchè egli è havuto per mal cavaliere, il quale habbia voluto prendere ingiusta querela, et combattere contro la verità...».

(1) *De sing. cert.*, c. 7: ... *Cum enim Dei iudicio hoc in pugnae genere res subiiciatur, vanum et irritum esset ex Quiritium iure arbitrari summum illum rerum humanarum moderatorem iudicaturum....*

(2) *Il duello con le risposte cavalleresche*. L'opera fu stampata per la prima volta a Venezia nel 1550, e ristampata parecchie volte. Io cito l'edizione del 1571 in Venetia, per GIROLAMO POLO (non ricordata in Brunet). Si ha anche una traduzione francese, di cui Brunet registra tre edizioni. Un altro scritto del Muzio, *La faustina delle armi cavalleresche*, Venezia 1560 o 1588, non mi fu dato consultare.

(3) Muzio, il *Duello*, I, 1 (f. 8).

(4) *Il duello*, II, 4, f. 43 seq. Si noti che il Muzio non copia direttamente, od indirettamente da Rofredo, come Giovanni de Lignano, Paris de Puteo e Diego de Castillo, ma mostra invece diretta conoscenza della *Lombarda* e della *Glossa* di CARLO DE TOCCO, allora già stampata.

(5) *Il duello*, II, 5, f. 46. Cfr. *Le risposte cavalleresche*, I, 2, *Per la riformazione del duello*, f. 114.

Appena dieci anni dopo la pubblicazione dell'opera del Muzio, uscì alla luce *Il Duello* (1) di Dario Attendoli, il primo scrittore che accettò intieramente e senza restrizioni il nuovo stato di fatto. Il tempo non era veramente ben scelto per far l'apologia del duello, poichè una nuova edizione dell'opera dell'Attendoli, corretta ed ampliata dall'autore, è appunto stampata nel 1564, cioè subito dopo la terribile condanna del concilio di Trento, che colpiva di scomunica anche chi desse consigli in materia di duello *tam in iure quam facto* (2).

Pure il capitolo terzo del primo libro, in cui si tratta della *approvatione et giustitia del Duello*, salva l'ipocrita sottomissione alla correzione della Santa Romana Chiesa, è una vera apologia, alla quale non manca nemmeno l'accenno alla giustizia di Dio, di cui non si potrebbe desiderare *nè più sincero, nè più certo giudice* delle controversie umane (3). Qui però il movente del duello non è più la prova della propria innocenza, ma la difesa del proprio onore, quindi anche una minima ingiuria smentita è causa più che sufficiente di duello « *impe- rocchè s'alcuno abbia ingiuriato alcuno di parole, sopra le quali ei sia stato mentito, non potendo altrimenti provare l'ingiuria resterebbe calunniatore ed infame* (4) ».

Per rendere, se non più assurdo, almeno più illogico il duello, bisognava fare ancora un ultimo passo, negargli cioè intieramente il carattere di prova qualsiasi per ridurlo ad una semplice mostra di coraggio personale, cui solo per consuetudine serve di pretesto un'ingiuria. Ciò avvenne quando tra il vincitore e il vinto non si fece più distinzione nell'opinione pubblica, e su quest'ultimo non cadde più l'infamia, che prima lo

(1) *Il duello*, Venezia 1560. Cito l'edizione del 1564 (GIOLITO DE' FERRARI), alla quale è aggiunto un *Discorso intorno all'honore et al modo di indurre le querele per ogni sorta d'ingiurie alla pace*. Sarebbe forse interessante confrontare quest'edizione colle due prime anteriori alla condanna del Concilio di Trento.

(2) *Can. Conc. Trident.*, sess. xxv. *Decr. de Reformat.*, c. xix, (3-4 dic. 1563).

(3) ATTENDOLI, I, 3, p. 12 seq.

(4) ATTENDOLI, I, 5, p. 16.

faceva ritenere indegno di combattere ancora in altri duelli. Questa trasformazione che corrisponde allo spegnersi degli ultimi barlumi di fede nell'intervento divino, era, credo, già compiuta nei primi anni del xvii secolo e contribuirono a produrla le ripetute condanne del duello, ecclesiastiche e secolari, per cui a poco a poco si abolirono i campi franchi e tutte le formalità antiche, fra cui anche la sentenza, con cui il giudice di campo giudicava in conformità dei cartelli scambiati prima dagli avversari e dichiarava il vinto *privo di onore*, e il vincitore *uomo onorato* (1).

Certo nella seconda metà del xvii secolo, la *Spada di honore* (2) del Gessi pone l'esser stato vinto altre volte fra le *peccatorie eccezioni* degli antichi duelli.

Quantunque il duello andasse sempre più perdendo il suo carattere primitivo, non mancano nella seconda metà del xvi secolo giureconsulti, che lo indicano come mezzo di prova nell'accusa di lesa maestà: così Gerolamo Gigante (3).

Però esempi di duelli giudiziari nel xvi secolo non conosco (4).

(1) Vedi un esempio di tali sentenze in ATTENDOLI, III, 13, p. 134. Per l'Attendoli, p. 133, il vinto *resta di perpetua infamia macchiato*.

(2) Milano 1672, p. 84 (P. IV, n. 29). Del GESSI conosco anche i *Pareri cattedreschi*, Milano 1677; e lo *Scettro Pacifico*, Milano 1676. Ma di esso ed in generale di tutti gli autori posteriori all'Attendoli non è compito nostro l'occuparci. Citiamo solo il trattato di ANT. MASSA, *Contra usum duelli* (in T. U. I., XII, 314) e rimandiamo per l'indicazione di altri scritti italiani sul duello cavalleresco alla Biblioteca italiana dell'Haym. Un'opera probabilmente perduta è il trattato sul duello, che il celebre Claro dice di aver composto, ed a cui rimanda in *Recept. Sent.*, I, v, § fin. q. LXIII, n. 8 (*Opera*, Genova 1739, II, 483): ... *Dixi in meo libello de Duello, qui nondum est impressus, in prima parte*.

(3) HIERON. GIGANTIS, *De crimine lesæ maiestatis*, q. XVIII (T. U. I., XI, P. I, f. 64), e gli autori da lui citati. V. anche L. CARRERI, *De hæreticis*, n. 119 (in *Volum. præclar.*, f. 166). Naturalmente l'omicidio commesso in duello permesso dal principe rimaneva impunito. JAC. NOVELLO, *Defens. omnium reorum*, n. 112-113 (T. U. I., XI, I, f. 220). *Addit.* 297 a CLARO, § *Homicidium* (*Opera*, ed. cit., II, 115).

(4) Come duello giudiziario è celebre quello combattuto nel 7 agosto 1398, fra Ottone di Grandson e Gerardo di Stavayé, che lo convinse di complicità nel preteso veneficio di Amedeo VII di Savoia. V. CIBRARIO, *Dell'econ. polit.*, del M. E., 1842, II, 140-155. Id., *Storia del Conte Rosso*, 1851, 114 seg. Per altri duelli avvenuti in Piemonte cfr. SCLOPIS, *Legisl. del Piemonte*, p. 339.

Non intendendo occuparci del diritto cavalleresco, non abbiamo che ad accennare di passaggio alle numerose condanne del duello, che furono in gran parte impotenti a frenarne l'abuso.

Nel capitolo precedente abbiamo ricordata la bolla di Giulio II (24 febbraio 1509) ripetuta e riconfermata da Leone X nel 1519 (23 luglio). Essa è importante perchè ci mostra come nello stato della Chiesa i feudatari e comandanti delle milizie pontificie solessero, già nel 1509, non solo concedere campo franco per cause minime e per ingiurie (*inhonestis ac levibus verbis*), ma eccitare essi stessi gli avversari al duello. Nel 1519 il mal costume, anzichè diminuire, sarebbe cresciuto, donde la nuova bolla

Vedi anche dello stesso, *S. della legisl. ital.*, I, VI, p. 199 seq.; II, VI, p. 154 seq. Per esempio di duelli, cui non si può assolutamente dare il nome di giudiziari, v. *Facoltà di Gio. Paolo Baglioni, signore di Spello, a Gio. Batta Gaddi e Raffaello Altoviti suo avversario di potere nel territorio di Spello diffinire ogni lor lite battendosi con tre compagni per uno tutto il mese di giugno*. (3 giugno 1507) *Zibaldone*. Anno I, n. 5, 1888. *Cartelli di querela e di sfida passati tra G. De Medici e Camillo Appiano d'Aragona* (a. 1517-1518) in *Arch. stor. ital.* N. S., VII, P. II, p. 34 seq. *Cartelli di querela e di sfida tra Lodovico Martelli, Dante da Castiglione... al tempo dell'assedio di Firenze* (1530). *Arch. Stor. ital.*, N. S., t. IV, P. II, 3-25. È il celebre combattimento avvenuto durante l'assedio di Firenze. Dapprima Lodovico Martelli e Dante da Castiglione s'offrivano a combattere contro tre avversari, con patto che, se resistessero per un'ora contro i tre, s'intenda la giustizia di Dio essere dimostrata. Finirono invece col combattere separatamente ciascuno con un avversario, e l'esito rimase incerto perchè soccombette uno dei campioni per ciascuna parte. La *Fede* rilasciata dal principe d'Orange, ci conserva l'invocazione del povero Martelli, uno dei caduti. «Nostra Donna de Loreto, adiuta la ragione». Sopra alcuni duelli avvenuti a Mantova v. FILANGERI nel giorn. *Cappa e spada*. n. 4, 1888 (xiv sec.) e BERTOLOTTI, *Curios. storiche Mantov.* nel *Mendico di Mantova*, 1888, n. 7-11 (1519-1526). Un esempio di campo franco accordato in pieno secolo XVII abbiamo nell'*abbattimento di Agnolino da Pistoia et Antonio Romano nella piazza di Perugia*, vixx giugno 1640, (*Giorn. d'Erudiz. Artist.*, Perugia 1874, v, III, p. 92). I due avversari, per alcuni loro dispareri, combatterono in *camiscia con spade et pugnali* in presenza del duca Pier Luigi, finchè uno rimase gravemente ferito, l'altro ucciso. Importanti documenti sul duello, dal 1540 in poi, si hanno nei Mss. Trivulziani 175-177. V. il *Catal. di G. Porro* (1884) p. 410.

di Leone X (1). I decreti contro il duello divennero specialmente frequenti nel XVII secolo, come è notissimo.

Delle ordalie non abbiamo più ad occuparci: solo ne restano tracce nelle superstizioni popolari, come in parte già si disse fin da principio di questo lavoro (2).

II.

DIRITTO FRANCESE.

Bibliografia. — WARNEKÖNIG U. STEIN, *Französische Staats-und Rechtsg.* 2^a wohlf. Ausg. Basel 1875, 3^e vol. (Sotto il nome di Stein si cita il 3^o volume contenente la storia della procedura e del diritto penale); GIRAUD, *Essai sur l'hist. du D. français.* 2 vol. 1846. FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I. 1845. DU BOYS, *Hist. du D. criminel des peuples modernes*, 2 vol., 1854-58: *Hist. du D. crim. de la France*, 1874. LAFERRIÈRE, *Hist. du D. franç.*, 1847-58, vol. III-VI. *Essai sur l'hist. du D. Français.* Nouv. Éd. 2 vol. 1885. GUÉTAT, *Hist. élément. du D. français*, 1884. GINOU-

(1) Cfr. sopra p. 371, n. 3. *Bullarium Romanum*, ed. Taur., v, 474-76, 727-729.

(2) Cfr. sopra pag. 34. La cosiddetta *ordalia* del Savonarola non è veramente una prova giudiziaria. Infatti nella *deliberazione* del xxx marzo 1498 (in *Giorn. Stor. degli Arch. Toscani*, III (1859, p. 46) è chiaramente detto: «propter discordantia Fratrum Sancti Dominici.... asserentium aliquas conclusiones contingentes, et Fratrum ordinis Minorum negantes eas ad probandas et comprobandas dictas conclusiones, que indigent probatione supernaturali». L'esilio cui è condannato il frate, se le sue dottrine sono trovate false, non è quindi che un accessorio. Se il racconto riportato sopra a p. 337-338, n. 5 è vero, i Domenicani potevano invocare a giustificazione della prova l'esempio del loro stesso fondatore, che però, più prudente, gettò nel fuoco solo le *conclusioni* e non i sostenitori. Del resto sulla prova del Savonarola v. VILLARI, *Girolamo Savonarola*, II (1888) pag. 137 seg. e J. ADDINGTON SYMONDS, *Renaissance in Italy. The age of the despots* (2^a ed.) 1880, p. 486.

Interessante è quanto afferma il già citato G. FERRETTI in un passo delle sue *Addit. in differentiis inter ius rom. et long.*, (Venet. 1599, p. 117, in PERTILE, Op. c., VI, 373, n. 120). Egli scrive: «Et hodie in aliquibus regni Siciliae oppidis, ubi Epirotæ inhabitant, solent aliquando uxores suas de adulterio suspectas experiri ferro candente et proiecto in caccabo seu ahenò bullientis aquæ, et manu dictum ferrum extrahere, asserendo si sint innocentes de tali crimine quod manus eximent illæsas».

LEHAC, *Cours élément. d'Hist. générale du D. français*, 2^{me} éd. 1890. PARDESSUS, *Essai hist. sur l'organisation judiciaire.... depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII*, 1851. D'ESPINAY, *De l'influence du D. canon. sur la législat. franç.*, 1856. JOBBÉ-DUVAL, *Étude histor. sur la revendication des meubles en D. Franç.*, 1881. ESMEIN, *Ét. sur les contrats dans le très-ancien D. franç.*, 1883. DE LAURIÈRE, *Gloss. du D. franç.*, nouv. éd., 1882 (v. Bataille, Combat, Champions, Gage de Bataille, etc.). ESMEIN, *Hist. de la procédure criminelle en France... depuis le XIII s....*, 1882; TARDIF, *La procéd. civile et criminelle au XIII et XIV s.* Paris 1885.

Delle fonti, oltre le citate nei capitoli precedenti e quelle pubblicate in aggiunta alle opere di Warnkönig e Giraud, consultai le seguenti: *Assises de Jérusalem*, ed. BEUGNOT, 2 vol., 1841-43. *Li livres de Iostice et de Plet*, ed. RAPETTI, 1850. *Les Olim*. ed. BEUGNOT, 3 tomi in 4 parti, 1839-48. BEAUMANOIR, *Les cout. de Beauvoisis*, ed. BEUGNOT, 2 vol., 1842. *Ordonnances des Rois de France...* ed. du Louvre (Paris, 1723-1847: *Ord. du L.*). LOTSEL, *Inst. coutumières*, ed. DUPIN et LABOULAYE, 2 vol., 1846. *Stilus supremæ curie parlamenti, Quæstiones... a Io. Gallo collectæ etc.* Parigi, Gallot du Pre, 1542. *Somme rurale* di BOUTEILLER (*).

1. — Passando dal diritto italiano al francese, troviamo il compito nostro molto facilitato, sia da un numero considerevole di eccellenti lavori sulla procedura, sia specialmente dall'uniformità di principî che è caratteristica della storia francese. In Italia noi abbiamo trovato il diritto romano ed il germanico in lotta fra di loro, ed abbiamo assistito al lento trionfo della prova testimoniale e documentale sulla prova per congiuratori e per duello: in Francia non abbiamo lotta di diritti, o meglio la lotta fra il principio germanico ed il romano-canonico ci si presenta sotto la parvenza di un conflitto di giurisdizioni. Il periodo della storia francese, che noi dobbiamo ora trattare, avendo altre volte toccato dei capitolari, è quello del feudalesimo prima trionfante poi soggiogato con ferrea mano dai re francesi, da S. Luigi a Luigi XI.

(*) Non avendo avuto agio di consultare nessuna delle varie edizioni del xv e xvii secolo, ricorsi ad uno splendido Ms. della Nazionale di Torino, in due volumi segn. L. II. 4-5 (PASINI, *Cod. Gallici*, n. 41-42), sec. xv, proveniente dalla biblioteca del gran bastardo Antonio di Borgogna, di cui in fine del primo volume porta la segnatura ed il motto: *Nul ne sy frotte*. Il testamento di Bouteiller in fine dell'opera ha la data del 1395, come nel Ms. Parig. 6857-58. (Pasini indica per errore 1383: le edizioni hanno 1402).

In questo periodo, che può farsi cominciare con Ugo Capeto, noi troviamo in Francia, accanto alla giurisdizione reale, la feudale, l'ecclesiastica e la municipale. La giurisdizione ecclesiastica non ha per noi grande importanza, perchè nei feudi ecclesiastici predomina il processo feudale (1) e la vera competenza ecclesiastica, basata cioè, non sul territorio, ma sulla missione della Chiesa cattolica e dei suoi rappresentanti, non si estende ai casi où *il pot avoir gages de bataille, ou peril de perdre vie ou membre*. Questi casi, per testimonianza di Beaumanoir sono di esclusiva competenza dei tribunali secolari (2). È bensì vero che ai tribunali ecclesiastici sono riservate le accuse di eresia (*toutes acusations de foy*) e quelle di stregoneccio (3), nelle quali non doveva essere raro l'uso delle ordalie unilaterali (4), ma di ciò abbiamo già detto parecchio nel capitolo precedente, nè abbiamo ora a ritornare sull'argomento.

Molto maggior importanza ha dal nostro punto di vista il processo feudale, di cui è caratteristica specialmente nel tempo più antico l'assoluta autonomia degli avversari, i quali nei giudici vedono dei *pari* e ne accettano quindi la sentenza solo quando ne riconoscano la giustizia. Giurisdizione regia nel vero senso della parola originariamente non v'era (5). Ugo Capeto ed i suoi successori avevano terre proprie, sulle quali si estendeva naturalmente la loro autorità di signori feudali, ma invano avrebbero preteso d'imporsi agli altri feudatari. Questo stato di cose doveva però lentamente cambiare. Come la storia di Francia, a quanto osservò lo Stein, è in qualche modo la storia della sua centralizzazione, così la storia della procedura ci rappresenta l'introdursi e l'imporsi della giurisdizione reale accanto

(1) STEIN, O. c., p. 312 seg. Gli ecclesiastici cercano bensì di far prevalere le ordalie, in confronto del duello, che era loro specialmente proibito (esempi in Stein, p. 313-314), ma anche questo è d'uso molto frequente (esempi in Stein, 315-316 e sopra pag. 404-405, n. 3).

(2) BEAUMANOIR, XI, 30. Cfr. LYONIS, *op.* 247 cit. sopra pag. 392, n. 3.

(3) BEAUMANOIR, XI, 2, 26.

(4) Cfr. ad es. le decisioni del sinodo di Reims dell'anno 1157 (sopra pag. 338, n. 4).

(5) STEIN, O. p., 359 seg.

e al disopra della giurisdizione feudale, come, meglio forse di ogni altro scrittore, dimostrò lo Stein ora citato. Ad ogni modo il processo feudale nel suo concetto fondamentale ci riconduce in parte alla procedura descritta in principio del capitolo ottavo, e prima ancora nell'introduzione a questo lavoro. Data l'autonomia delle parti, l'unica prova definitiva ed irrefutabile è il giudizio di Dio (1) nella forma del duello: all'ordalia unilaterale niuno può essere sottoposto contro sua voglia (2), il giuramento non sarebbe accettato dall'attore (3), la prova testimoniale può sempre essere impugnata dal convenuto: la stessa sentenza dei giudici non vale se non in quanto è accettata dalle parti.

Quanto al duello, fondamento e fine di tutto il processo, esso è usato in tre modi. In primo luogo può l'attore esporre semplicemente la sua domanda o l'accusa, invitando l'avversario a riconoscerne la verità, e dichiarandosi nel medesimo tempo disposto a provarla col duello: *s'il le nie, je le voi! prouver de men cors contre le sien* (4). Il convenuto non ha allora che a

(1) Infatti il duello è senza dubbio considerato ancora come giudizio di Dio, quantunque non manchino voci contraddittorie. Così, nell'ottimo articolo di Pfeffer parecchie volte citato (p. 74), troviamo ad es. i seguenti notevoli passi: *...Et de bataille faire dit-on que ch'est rayson — Non est mie aprouvée, car a le fois voit on — Que chius qui a le tort mate son champion. (Li bastars de Buillon, éd. SCHELER, 1877, v. 6509 seq.): Tangins le vainqui, car il estoit plus grant, — Et si savoit de guerre chius n'en savoit noiant (v. 6501).*

(2) Si trova invece usata per spontanea volontà delle parti. Cfr. STEIN, p. 315, IVONIS ep. 205 (sopra p. 391, n. 3) e per epoca più remota, HINCMAR, ep. 37 (sopra p. 378 e n. 2°).

(3) BEAUMANOIR, VI, 31. « ...mais les seremens entendons noz es cours où on vent pledier selonc l'establisement le Roy; car selonc l'anchienne coustume ne quorent il pas.

(4) BEAUM., LXI, 3. Dopo la ordinanza del 1306, di cui diremo, si aggiunge che si proverà col duello non potendo altrimenti: così ad es. BOUTELLER « (Des pro- » testations, que doit faire advocat avant quil propose contre partie pour autrui. » Ms. cit. 1, f. ciii). Ét sil nye ie dy pour mon maistre qui par tes- » moings ne lettres ne les pourroit prouver, mais pour lui ou par son advoe » si le prouvera et offera a prouver se dieu plaist et son bon droit contre » ledit N. que ie voy la, en champ cloz comme gentil homme peult et doit » faire... ». Più anticamente invece al duello si ricorreva non solo quando vi sarebbero state altre prove, ma anche quando non v'era dubbio alcuno sul

negare perchè il duello sia inevitabile: è questa la cosiddetta procedura *par appel*. Se invece l'attore per evitare i pericoli di questa procedura, preferiva provare con testimoni, e trovava chi, senza esservi del resto punto obbligato, fosse disposto a porre a repentaglio la propria vita, egli aveva facoltà di dare la prova testimoniale, ma allora l'avversario poteva accusare i testimoni di falso, cioè secondo l'espressione tecnica *les fausser*, ed anche qui s'imponeva come una necessità il duello fra il convenuto ed i testimoni dell'attore (1).

Infine col duello si poteva impugnare la sentenza, cioè a dire *fausser le jugement* (2), ossia *apeler de faus jugement*. Prima che la sentenza fosse pronunciata, colui che presiedeva al giudizio usava domandare alle parti, se intendevano di accettarla. Se la risposta era affermativa, non vi era più luogo a pentimento, ma ordinariamente le parti non procedevano con tanta leggerezza, e per testimonianza di Beaumanoir, richiedevano di conoscerne prima il tenore. I giudici dovevano quindi pronunciarsi ciascuno alla sua volta, e la parte soccombente poteva sfidare successivamente a duello ogni giudice, che pronunciava

fatto. Così ad es. nella causa narrata da Hamelinus vescovo di Rennes nelle *litteræ de controversia Mainguenovi et Ivonis*, pubblicate da Sirmondi (*Bibl. Max. Patrum XXI*, note a p. 107, da un codice di S. Pietro di Rennes), si dà il giuramento al convenuto, e poichè l'attore dichiara d'opporvi (*huic iuramento resistere*) si stabilisce il duello. I due campioni si presentano nel giorno fissato davanti al vescovo *et aliis proceribus multis et fere omni Clero et populo Redonensi*, ma allora si viene ad una transazione a tutto danno dell'attore, benchè il vescovo appaia pienamente informato del fatto, e il diritto stesse, a quanto parmi, dalla parte del soccombente, che rivendicava la eredità paterna.

(1) Per le formalità che devono seguirsi da chi *veut fausser tesmoins*, v. BEAUM. LXI, 54 seg.

(2) Cfr. STEIN, O. c., p. 240 seg. TARDIF, O. c., p. 124 seg. ESMERIN, p. 26 seg. BEAUMANOIR, LXI, 44 seg., 65 seg. *Établiss. de St. Louis*, I, 81. A *fausser le jugement* non sono ammessi gli *hons coustumier*, cioè a dire coloro, *hi par coustumes du pays, ou par loi privée sunt en jugement de francs homes*, e non sono quindi di condizione pari a quella dei giudici. *Établiss. de S. L.* I, 138 e DES FONTAINES, *Conseil*, XXI, 10 (in STEIN, p. 244-245).

la sua sentenza. Si doveva perciò domandare all'avversario se egli intendeva servirsi della sentenza, *s'il use de tel jugement*, e alla sua risposta affermativa, dichiararla falsa e sleale.

Se si attendeva che tutti i giudici avessero pronunciato il loro parere, e dichiarato di essere pronti a dimostrarlo giusto, si poteva bensì impugnarlo, ma combattendo da solo contro tutti i giudici uniti. Se infine si attendeva ancora che il parere dei giudici fosse annunciato alle parti da chi presiedeva al giudizio, come sentenza dell'intero tribunale, non bastava più proclamare questa sentenza ingiusta e falsa, bisognava ribellarsi al tribunale, dichiarare apertamente che in seguito non vi si ricorrebbe più (*je ne plederé jà plus par devant vous*), ed accusare così il proprio signore di non aver resa giustizia, cioè *apeler son Seigneur* (1). L'*appel* si portava davanti al *chief sire*, al signore feudale superiore, e si terminava al solito con un duello, che decideva anche dei diritti feudali dell'accusato, poichè se il vassallo vinceva il suo signore, era sciolto per sempre da ogni suo dovere, e viceversa, se rimaneva vinto, perdeva il feudo come reo di ribellione.

2. — Dal giudizio feudale differisce assai, specialmente riguardo alle prove, il processo nei *comuni*.

Il comune francese, sottoposto allo Stato, è ben altra cosa del nostro comune medievale, poichè non ha vera sovranità sui suoi membri (2): cionondimeno il cittadino non ha di fronte al comune quell'indipendenza, a cui i nobili, come vedremo, non volevano assolutamente rinunciare: egli è non solo legato ai suoi concittadini da vincoli speciali, ma è anche sottoposto ai magistrati municipali, alla cui elezione ha forse contribuito, e che accumulano insieme funzioni amministrative e giudiziarie. In conseguenza di questo stato speciale di cose, egli non è ammesso a *fausser le jugement*, sfidando a duello i suoi giudici, anzi

(1) Si poteva anche *apeler son seigneur de defaute de droit*, nel caso in cui egli si rifiutasse a rendere giustizia. Su ciò v. BEAUM. LXI, 33 seg.

(2) Cfr. STEIN, p. 263, 293.

ben spesso non può nemmeno costringere al duello i suoi concittadini (1).

Il sistema di prova varia secondo i luoghi: in generale si riconosce una prova dell'accusatore *per legitimos testes*, cioè a dire, data per mezzo di testimoni del paese: questa prova è talora ammessa come definitiva, talora annientata perfino col semplice giuramento dell'accusato (2). Il duello è in alcuni luoghi ammesso senza limitazione, altrove in casi gravi: spesso le *coutumes* non ne parlano affatto. Anche le ordalie compaiono non infrequentemente come mezzo di purgazione dell'accusato, nella forma della prova dell'acqua fredda e calda, o anche del ferro infuocato, quando però non siano indicate senza specificazione col termine generale di *divinum iudicium* (3).

(1) Gli *usi* di Tournay del 1187 stabiliscono: *Nemo civium alium civem ad duellum provocare poterit*: però riconoscono la prova dell'acqua fredda nell'accusa d'omicidio, e per ferimento commesso di nottetempo. (Art. 2-3, 21 in D'ACHERY, *Spicilegium*, III, 551). Le *libertates et consuetudines* concesse a Riom (Ricomago) dal conte Alfonso di Poitiers nel 1270, esonerano i cittadini dall'obbligo del duello, imponendo invece all'accusatore di provare per *testes*, *vel per probationes legitimas iuxta formam iuris* (art. VI in D'ACHERY, I. c., p. 671 o WARKÖNIG *URK.*, I, 41). Le *coutumes de Montpellier* del 1204 e quelle di Carcassona, che le copiano in gran parte, ammettono il duello, e l'ordalia dell'acqua calda, del ferro rovente *vel alia canonibus, vel legibus improbat*, solo quando le parti vi acconsentano (n. 62 in app. a GIRAUD, I, 68). Gli Statuti di Roye del 1185 e gli *Statuta Ludovici VIII* (1223) *Regis Francorum quibus instituit communiam apud Crispiacum* (Crespy), stabiliscono che nessun ufficiale regio, anzi neppure il re stesso, possa *appellare per vadia duelli hominem de communia*, ma i duelli fra cittadini sono ammessi, purchè non si usino campioni forestieri (in D'ACHERY, I. c. 595). Quest'ultima condizione, comune anche negli statuti italiani, si trova pure nelle *Coutumes de Bigorre* (in GIRAUD, I. c., p. 22), di S. Quintino (a. 11), di Amiens (a. 17. in A. THIERRY, *Essai sur l'hist. ... du tiers état.*, 1853, p. 378. Al duello si riferiscono anche gli art. 24 e 44). Ammettono il duello, a quanto pare, incondizionatamente la *coutume* di Lorris (a. 6), lo statuto di Beaumont-sur-Oise (a. 7), Chambli (a. 11), Beaumont (a. 8), Asnières (a. 8), ecc. (*Ord. du L.*, XII, 298, 312 in STEIN, 294-295).

(2) STEIN, p. 296-297. V. anche ESMEIN, *Ét. sur les contrats*, p. 46 seg.

(3) V. la *loy de Beaumont* (ed. DEFOURNY, 1864, 211), in LOBBÉ-DUVAL, pag. 110; le consuetudini di Tournay, Montpellier, Carcassone cit. nella nota 1^a: *Cartul. N.-D. de Paris*, II, 324 in TARDIF, 91: l'*ancienne cora de Nieuport*

Il giuramento dei congiuratori è più raro, e molte *coutumes* non ne serbano traccia: più frequente è invece il semplice giuramento delle parti, ammesso d'ordinario in mancanza di *legitimi testes* (1).

3. — Di fronte alla giurisdizione feudale e municipale, sta la giurisdizione regia.

(fandra occidentale) n, vi, (in GIRAUD, l. c., p. 38, 39: « si quis vulnus in nocte » acceptum alii imputare voluerit, si scabinis dignum videatur, ferro candenti » se excusabit accusatus, si arsus fuerit nianum perdet. Si fur vocatus accusatus fuerit, candenti ferro se excusabit, si culpabilis permanserit suspendetur): Lettres de Louis VI par lesquelles il accorde une commune aux habitants » de la ville de Laon, 5 (a. 1128 in WARNEKÖNIG e STEIN. URK., I, 32: quod si vel » venientem (ad civitatem) vel recedentem interfecerit, aut quodlibet ei membrum truncaverit, aut de provocatione aut de insidiis appellatus fuerit, di-vino se iudicio purget): Statuta et consuetudines (Normaniæ) ». *De duellis* (in WARNEKÖNIG e STEIN. URK., II, 19-20: l'accusato di stupro d'una ragazza, se lo stupro è certo, e furono intese le grida della vittima, si voluerit aque iudicio se purgabit: ma se le matrone non trovano segno di violenza nel corpo della ragazza, e se i vicini non la sentirono a gridare, quantunque essa stessa si offra a provare col giudizio di Dio, non audiatur sed fustata recedat. La ragione, che si dà per quest'ultima disposizione non è molto lusinghiera per le donne: Quare? quia multe mulieres sunt maliciose, et maligno spiritu perturbate, que vellent vitam suam in casu ponere, et amasium suum, quem odio habent, possent interficere innocentem. Se è fatta violenza ad una donna maritata, o ad una vedova in presenza di un suo parente, il marito od il parente debbono convincere l'accusato col duello. Se la vedova nullum talem hominem habuerit, l'accusato è imprigionato donec per pacem exierit vel aque iudicio se purgabit, ita cum si per vicinos fuerit nota violencia. Il *Grand coutumier* (LXXVII) ricorda le ordalie come già cadute in desuetudine. Cfr. ESMEIN, p. 47. BRUNNER, *Entstehung ecc.*, p. 182. V. anche D'ESPINAY, p. 222 e n. 4. Nel più antico monumento del diritto franco in Oriente, nel *Livre des Assises de la cour des bourgeois*, c. CCLXVII (a. 1173-1180: ed. cit. n. 202-203), si trova prescritto il ferro infuocato, quando la parte si offra a purgarsi in tal modo. Un passo della cronica di Ruggiero de Hoveden, forse non ancora citato, narra che a Parigi, nell'anno 1200, un *Thomas prepositus*, complice nell'uccisione di alcuni studenti, fu fatto imprigionare da Filippo II con ordine che egli non uscisse di carcere si non iudicio aque vel ferri se mundaverit, e che fosse appiccato se la prova non gli riusciva favorevole. (*Ex Rog. de Hoveden Chronica*, M. G. H. SS., XXVII, 181).

(1) Cfr. STIN, p. 296 seg. V. anche D'ESPINAY, p. 223 e n. 4.

Il principio dell'autorità eminente del re, che ha *la garde générale de son royaume* (1), e che è quindi interessato all'amministrazione della giustizia anche fuori dei suoi dominî personali, s'introdusse nel diritto francese con grande difficoltà e lentezza.

Però già nel XIII secolo, Beaumanoir espone un numero considerevole di *cas royaux*, cioè di casi, la cui decisione spetta ai tribunali regi, e questo numero andò poi sempre aumentando.

Le corti regie contribuirono potentemente a far cadere in desuetudine la procedura *par appel* (2), facendo prevalere un nuovo sistema di prove in materia civile, ed il principio inquisitorio nel processo penale.

Come è noto, già la celebre ordinanza di S. Luigi emanata, secondo le congetture di Tardif (3), nel 1258, proibisce il duello in tutti i dominî del re: essa però conserva l'antico sistema accusatorio colla pena del talione per l'accusatore, che non riesca a provare con testimoni, e d'altra parte non si riferisce punto ai tribunali feudali, come giustamente osserva Beaumanoir (4).

(1) BEAUMANOIR, XXXIV, 41. TARDIF, p. 10.

(2) Anche le corti regie permettevano dapprima frequentemente il duello, ma questo comincia a divenire più raro fin dai regni di Luigi VI e Luigi VII. Su questo punto è da vedersi A. LUCHAIRE, *Hist. des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens* (987-1180) 1883, I, p. 323-325.

(3) *La date et le caractère de l'ordonnance de Saint Louis sur le duel judiciaire*. *Nouv. Rev. histor. de D. franç. et étrang.* XI (1887), p. 163-174. TARDIF indica come primo editore di questa ordinanza SAVARON nella seconda edizione del suo *Traicté contre les duels*: egli però non riuscì a trovare un esemplare di questa seconda edizione, non indicata nemmeno dal Brunet. Anch'io conosco solo la prima edizione (Paris, Adrian Perrier, M. D. C. X.), dove l'editto di S. Luigi non è stampato, ma ne trovai larghi estratti nelle *Recherches de la France d'ESTIENNE PASQUIER* (I. IV, 1, ed. 1617, p. 423-24), il quale senza sospettare si trattasse dell'ordinanza di S. Luigi, ne ebbe notizia da due manoscritti, che contenevano probabilmente i cosiddetti *Établissements de St. Louis*. A farci conoscere la pratica delle corti regie anteriormente e dopo l'ordinanza di S. Luigi, servono i famosi *Olim*, cioè i registri del Parlamento di Parigi dal 1254 al 1318. Cfr. il citato articolo di TARDIF, STEIN, p. 528 e FAUSTIN-HELIE, p. 509.

(4) BEAUM. LXI, 15: *Quant li rois Loïs osta (les gages) de se cort, il ne les osta pas des cours à ses barons.*

Però accanto alla procedura accusatoria troviamo nel XIII secolo l'inquisitoria (1) nella forma dell'*enquête* e dell'*apprise*. L'*inquisitio* era un antico diritto dei re franchi fin dall'epoca carolingia, e forse non fu mai intieramente dimenticata: nel XIII secolo la troviamo d'un tratto nel *livre de iostice et de Plet* (2), come un diritto regio in favore dei poveri, che non potrebbero altrimenti difendere i loro diritti, nelle cause in cui è interessato il re, ed in parecchi casi speciali: un esempio di tale inchiesta abbiamo nel noto processo di Enjorrans de Coucy, di cui faremo parola.

Accanto all'inchiesta regia esisteva parimenti da tempo l'*enquête du pais*, colla quale l'individuo sospetto poteva essere giudicato solo quando vi si sottoponesse spontaneamente: si cercava bensì di promoverne l'accettazione trattenendo il sospetto in carcere à *peu de manger et boyre*, ciò che ci ricorda la *peine forte et dure* del diritto inglese, ma anche qui, se entro un anno e un giorno non si erano presentati accusatori, e l'*enquête* non era stata invocata, si doveva senz'altro rilasciare il prigioniero. Una terza forma d'inquisizione è l'*apprise*, che senza condurre ad una condanna regolare, ha per risultato l'esiglio dell'individuo reo di delitto notorio.

Nel XIII secolo queste varie forme d'inquisizione, anzi la stessa prova testimoniale del processo accusatorio, si avvicinano o si confondono lentamente, e l'uso della tortura diviene frequente rendendo in pratica assai poco usato il duello giudiziario, già fine d'ogni processo.

Quali fossero i sentimenti della feudalità di fronte a questo fatto di tanta importanza, lo vediamo da parecchi dati. Un'importante poesia del XIII secolo, citata dallo Stein, e poi da Brunner, rampogna acerbamente *ceux qui sont nez de fiefs*, perchè, dimentichi delle loro franchigie, si lasciano giudicare *par enquête* e rivolgendosi alla Francia: « Dolce Francia, esclama, omai non si procede più *par appel*, perciò sei detta il paese

(1) Su questa parte cfr. specialmente ESMEIN, p. 52 seg., 78 seg., ecc.

(2) XIX, 44 (specialmente § 8, 15), 45 (ed. cit., p. 317 seg.).

degli schiavi, una terra vile, il regno degli sconsigliati, ai quali sovente si usa violenza (1) ».

Nel processo già ricordato di Enjorrans de Couci (2), la nobiltà francese proclama altamente che non si deve procedere *par enqueste contre les barons du royaume en choses qui touchent leurs personnes, leurs héritages et leurs enneurs*, principio che ricorda l'antica massima salica: *contra suum caput et contra suam hereditatem non debet homo accipere testes*, coll'aggiunta però di quanto si differisce al sentimento dell'onore, creazione del mondo cavalleresco. S. Luigi non si lasciò smuovere, ma, quantunque rimbeccando il conte di Bretagna ricordi che *bataille n'est pas voie de droit*, ricorse per escludere il duello ad un principio già ricordato, per cui non si dovrebbe procedere *par loi de batailles* coi poveri, colle chiese e colle persone *dont l'en doit avoir pitié*. Morto S. Luigi, le recriminazioni e le pretese dei baroni si fecero più vive, tanto che in un'ordinanza del 1296 ed in un'altra del 9 gennaio 1303 (3) Filippo il Bello si limita a proibire il duello in tempo di guerra, e nel 1306 finisce col concederlo espressamente in caso d'omicidio, ed altro delitto qualsiasi, che importi pena capitale, eccettuato però il furto (4). Una nuova ordinanza del 29 luglio 1314 rinnova la proibizione del duello in occasione della guerra

(1) LEROUX DE LINCY, *Rec. des chants hist. de Fr. du XII-XVIII s.* I (1840), XIII.

Douce France ! n'apiaut l'en plus ensi ;

Ançois aït non le pais au sougiéz

Une terre acuertie

La raigne as desconseilliez

Qui en maint cas sont forciez.

(2) V. *la vie de St. Louis par le confesseur de la reine Marguerite. Rec. des Histor. des Gaules et de la France*, XX, 113, 114 in ESMEIN, O. c., p. 85 seg. e DU BOIS, *D. crim. des peuples mod.*, II, 487 seg. Sulle cause per cui S. Luigi avrebbe abolito il duello v. le *Grandes chroniques de France*, IV, 427, 430 cit. da BRUNNER, *Entsteh.*, p. 297.

(3) *Ord. du L.* I, 328-29, 390.

(4) *Ord. du L.*, I, 435 seg. Cfr. l'ordinanza del 1° maggio 1307, che attribuisce al solo Parlamento la facoltà di decidere sulla ammissibilità del duello. *Ord. du L.*, XII, 367.

col conte di Fiandra (1): un'altra del 15 maggio 1315 lo permette (2) anche nel caso di *larrecin* escluso dall'ordinanza del 1306: infine nello stesso anno 1315 si fa ragione alle richieste dei nobili di Borgogna, permettendo loro *quant au gage de bataille ...que il en usent, si comme l'en fesoit anciennement* (3) ed eguale diritto pare si conceda anche ai nobili della Sciampagna, che parimenti si lagnavano della nuova procedura inquisitoria (4).

4. — L'ordinanza del 1306 rimase per secoli a base del diritto francese: su essa si fonda Giovanni Fabre nel suo celebre commentario alle istituzioni (5), scritto verso il 1328, e due secoli dopo l'Alciato afferma esplicitamente che *non solet ...in Gallia ius monomachiae a rege vel his, qui illi a consilio sunt, permitti, quam ex Philippi constitutione* (6).

(1) *Ord. du L.*, 1, 538. (...duellorum vadia ...quandiu nobis placuerit precipiamus in suspenso teneri).

(2) *Ord. du L.*, 1, 567, n. 25. Il *Coutumier d'Artois*, pubblicato pochi anni or sono (1883) da Tardif, proibisce appunto il duello in tutti i casi in cui lo ammettono le ordinanze del 1306 e 1315, perchè *s'il convenoit que cil qui les accusent (i colpevoli) ou poursievent s'en combatissent, jamais nus fais ne seroit seus, ne corrigiet ne seroit* (xlvii, 8, p. 106 in Tardif, *Proced.*, 92-93). Invece si ammette il duello per spergiuro e tradimento, ed in materia civile. (xl, 1, 6, p. 94, 95).

(3) *Ordonn. rendue sur les remontrances des nobles de Bourgogne etc.* *Ord.* 1. 558 seg. art. 1. cfr. 6. Le *Coutumes et stilles gardees ou Duchie de Bourgoingue* (1270-1360 in Giraud II), si occupano a lungo del duello e di tutte le formalità che lo accompagnavano. V. i numeri 53-55, 223, 259-291 (p. 278 308 seg., 313-324).

(4) *Ord. d. L.*, 1, 575, art. 13. Cfr. ESMEIN, p. 89. Anche in Bretagna dovevano esistere privilegi speciali sul duello, poichè ancora nel xvi sec. Nic. Boherio scriveva di aver visto negare il duello per ingiurie, quantunque le parti fossero della Bretagna: *licet essent ex britania, ubi duellum habet locum.* (*Prefac. in leges longob.*, ed. cit. f. v).

(5) *In quatuor libros Inst. Comm.*, Venetiis, 1572, f. 72: *De hered. quae ab intest. deferuntur, § per contrarium*. Per altre testimonianze vedi i *testoignages de l'edict de Philippes le Bel*, raccolti da Savaron nel suo trattato contro i duelli (p. 87-92), dove è pubblicato l'editto.

(6) *De sing. certam.*, c. iv, in *T. U. I.*, xii, f. 293. Anche Loysel (1536-1615) nelle sue istituzioni (n. 808-819, ed. cit., n. p. 177-201) segue l'ordinanza del 1606, escludendo, per es. il duello in caso di furto contro l'ordinanza del 1315.

La causa per cui questa ordinanza poté conservarsi in vigore per tanto tempo, nonostante l'avversione al duello giudiziario, sta nelle restrizioni, che pone, e che, abilmente interpretate dai giureconsulti, potevano ridurre il diritto al duello ad una parvenza, più che ad una realtà. Filippo il Bello stabilisce infatti, che è ammesso il duello solo quando non vi sia mezzo di convincere l'accusato altrimenti, vi siano contro lui *indices ou presumptions semblables à verité*, ed infine non vi sia ancora nè sentenza, nè inchiesta. Essendo assai difficile che con indizi e presunzioni così forti non si fosse aperta un'inchiesta, il duello era in fatto escluso nel maggior numero dei casi, nè è quindi a far meraviglia che Bouteiller scrivendo alla fine del secolo XIV la sua famosa *Somme rural*, lo consideri come procedura eccezionale, pur descrivendone minutamente le formalità (1).

Del resto importanti restrizioni all'uso del duello conteneva già alla fine del XIII secolo la celebre opera di Beaumanoir, che non lo ammette quando il fatto sia notorio, quando l'accusato provi altrimenti la sua innocenza, quando si tratti di cause ecclesiastiche, ed in molti casi speciali (2).

Del resto quando fu pubblicato per la prima volta il suo libro (1607) ciò non poteva più avere alcuna importanza pratica (v. n. 818). Sulla decadenza del duello giudiziario v. anche Du Boys, *D. crim. de la France*, p. 60. LAFERRIÈRE, *Essai*, p. 224 seg.

(1) Ms. cit., f. 103-106. Ecco il passo più importante, f. 103. « La fourme de » plaidoyer champ de bataille, et en quel cas gaige y doit asseoir.

» Et apres les droiz des sains canons, qui sont telz que dessus est dit, dois » scavoir quil est ordonne sur ce par les nobles roys de France... que nul ne » soit receu a gaige que pour trois cas, cest assavoir pour mordre pour rapt » et pour arsin de maison, qui sont les cas qui desirent traittier par iustice. » Et encoires que le cas soit advenu et non mie espere a faire et non fait. » Et que renommee en soit ou par presumption qui doive et puist mouvoir... » Et convient que celui qui ce requiert ait cause de ce faire et demander, si- » comme pour la mort ou trahison de son pere ou de sa mere.... sicomme se » ung homme noble ou qui nest de la famille du roy accusoit de trahison faite » contre le roy, il ne seroit a recevoir par gaige de bataille car ce nest mie » action de populaire, ne qui appartient a soustenir a commnn homme etc. » Et aussi ne se peult ou doit combatre en champ cler se sil ne luy plaist... ».

(2) BEAUM. XXXIX, 4, 6, 19: LXIII (specialmente n. 12 seg.). Cfr. STEIN, p. 528.

Entrare in maggiori dettagli sul duello, e sui casi in cui era ammesso secondo le varie regioni (1), non entra nel nostro intento. Il duello durò come già si disse fino al XVI secolo: verso la metà di questo secolo Alciato loda ancora la severità del Parlamento di Parigi, che non concedeva il duello se non nei casi più gravi (2); ben presto però, e probabilmente per influenza italiana, il duello divenne in Francia una vera mania, contro la quale furono impotenti per molto tempo i gravissimi editti di repressione prodigati dai re francesi (3). Con ciò però usciremmo completamente dal nostro campo, nè abbiamo quindi a trattenerci ulteriormente su questo argomento.

(1) Qui bisognerebbe più che altro aver opportunità di esaminare le varie raccolte di documenti, questioni, consigli, ecc. Non potendo aspirare ad un lavoro completo ci basti ricordare i seguenti documenti: *Olim* degli anni 1257, 1260, 1267, 1276, 1279, 1282, 1285, 1296, 1306, 1308, 1313, 1309, 1311 (ed. cit., I, p. 24, v; 30, xi; 129, vii; 468, iv; 491, vii; 667, viii; II, p. 85, xxxv; 131, vi; 145, xiv-xv; 201, xvii; 251, xii; 403, xiii; 405, xv; 485, vi; 496, viii; 592, v; III, p. 381, xxii; 382 seg. xxiii; 679, xlv, ecc.). *Assisiæ Normaniæ* a. 1234 (in WARNKÖNIG e STEIN, *URK.*, II, 55). *Arreste scaciariorum* a. 1207, 1217, 1228 (I. c., p. 71, 82, 87, 91). *Coustumes ... de Bourgoingue*, 223 (Giraud II, 308. *Appel di Josserrain Dillere e Gauthier bon ami*) *Questiones* Io. GALLI *per arresta parlamentari decise*. Nota *de duello* Iacobi le Gris (è il celebre duello con Giovanni Carrouge, a. 1386) f. 147, quest. LXVII, LXVIII, OLIII, ecc. GUID. PAPER, *Decisiones*, quæst. 191 e 617-623 (Genevæ 1630, p. 205 seg., 572 seg.). Vedi anche BRILLON, *Dictionn. des arrêts... des parlements*, 1727 (6 vol.), alle voci: *Duel*, *Defi*, *Bataille*, *guerre*, etc.

(2) Però già il duello cavalleresco andava introducendosi in Francia anche prima che l'Alciato scrivesse il suo trattato. Per esempio, cavalleresco più che altro è il duello combattuto nel 1537 a Moulins per autorizzazione reale. V. *L'ordre du combat de deux gentils hommes fait en la ville de M. accordé par le roy nostre sire* (in *variétés histor. et littér. Rec. de pièces volantes* etc. III, 93-99. Paris 1855.

(3) Cfr. CHATAUVILLARD, *Essai sur le duel*. Paris 1836. L'autore fa la storia del duello dal 1599. Fra le varie opere contro il duello conosco le seguenti: SAVARON, *Op. cit.* e *Traicté de l'espee françoise*, Paris 1610. CHEVALIER, *Les ombres des defunts sieurs de Villemor et de Fontaines...* Paris 1609 (2^a ed.) *Discours de la vaillance...* 1609. *Sonnets contre les Escrimeurs et Duellistes par l'abbé DE SAINT-POLYCARPE*, Paris 1588.

Ci resterebbe a dire delle formalità della procedura *par appel*, e del duello stesso, ma poichè molti le descrissero già minutamente (1) a noi basteranno brevissimi cenni.

Premettiamo che di regola il servo non è ammesso a combattere, ma lo sono tutti i liberi di qualsiasi condizione, compresi anche gli Ebrei (2): ordinariamente le parti combattono in persona, ma i minori, i vecchi, le donne e gl'infermi hanno diritto a farsi rappresentare da un *avoué*, o da un campione, facendo a tempo debito le loro riserve (3). I gentiluomini combattevano a cavallo con armatura completa, *pour l'honneur des nobles*, e così pure l'*avoué*; i villani a piedi con scudi e bastoni, come nel diritto dei capitolari, e così pure i campioni. Da ciò questo duello coi bastoni è detto *alla foggia dei campioni*. Variavano i diritti e costumi locali quando un nobile fosse sfidato da un villano, o si verificasse invece il caso contrario: ordinariamente il gentiluomo che sfidava un villano combatteva colle armi proprie di quest'ultimo, o poneva per sè un campione: viceversa il gentiluomo sfidato dal villano, o rifiutava la sfida, o combatteva a cavallo contro l'avversario a piedi.

L'*appel* si faceva con formalità rigorosamente stabilite dai vari libri giuridici, ed il minimo errore poteva mandar a vuoto

(1) V. BRAUM. LXI, LXIV, ecc.: *Livres de iost. et de plet*, XIX (pag. 287 seg.): *Assises de Jérusalem (Haute cour)*, livre de Jean d'Ibelin, CI e seg.; livre de Jacques d'Ibelin, XV seg.; livre de Philippe de Navarre, X seg.; la clef des Assises etc., CXXV seg.: (*Cour des Bourgeois*) *Abregé du livre des Ass.*, XXV. LOYSEL, *Inst. cout.*, I. c. e specialmente le note di De Laurière. D'ESPINAY, p. 224 seg. BRUNNER, *Entsteh. der Schwurger.* p. 175 seg. STEIN, p. 226 seg. ESMEIN, 47 seg. TARDIF, 91 seg. HELIE, p. 332 seg. GUÉTAT, p. 486 seg. IOBBÉ-DUVAL, p. 146 seg. 151. Du Boys, II, 306 seg., e per le formalità del duello in ispecie il già citato articolo di Pfeffer.

(2) *Arresta scacariorum*, a. 1207 (in WARNKÖNIG e STEIN, URK. II, p. 71. *Iudicatum est quod calot iudeus poterat sequi Habraham iudeum per duellum de assalto de kemino*).

(3) *Livres de justice et de plet*, XIX, 4, 1 (ed. cit. 289) « Droiz dit qu'il se » combatront ensemble, s'il ne puent mostrer asoine parant. Et s'il puent mostrer » essoine parant, chescuns se changera, et aura avoé ».

il duello (1), od aggravarne le condizioni. Troviamo, come già si disse, il giuramento, l'invocazione della divinità e dei santi, specialmente di S. Giorgio, la promessa di non servirsi di sortilegi (2). Poi gli avversari combattevano in campo chiuso finchè una delle parti soccombette, o si dichiarasse vinta, seppure il convenuto non riusciva a difendersi, in Normandia, fino al sorgere delle stelle, altrove fino al cader del sole, nel qual caso guadagnava il processo. Il vinto perdeva armi e cavallo, pagava l'ammenda al Signore (3) ed inoltre perdeva per sempre il diritto

(1) V. ad es. la *Summa* di Rufino, c. 5. D. II. (in SCHULTE, *Gesch. der Quellen*, I, p. 125, n.). « ... Apud nostrates quidam verborum ornatus observatur, » cum quis per monomachiam aliquid probare intendit in aliquem, ita ut si » intentus ab illo verborum tenore ceciderit, reus simplici, si velit, iuramento » evadat... ».

(2) Ecco per saggio alcuni passi di Bontellier, Ms. cit., I. f. 105, v. « Des protestations de champ de bataille.... En nom de Dieu et de Madame Sainte » Marie sa douce mere et Saint Jorge le bon chevallier et tous sains et saines... f. 106, v. La fourme de presenter le champion ou champ d'armes sur » cheval et les protestations.

» Puis que les deux champions sont entrez ou champ par presentation or- » donnee doivent estre apportees les saintes evangiles de Dieu. Et lors doit » prendre l'appellant l'appelle par la main senestre et le defendant la doit tenir sur les saintes evangiles en disant les paroles qui sensieuent. Homme » que ie tieng par la main par Dieu et par ses sains ie t'ay appelle a bonne » cause et bonne querelle que i'ay contre toy et que tu feys tel chose etc. » dont ie t'appelle et que ie n'ay pierre ne herbe sur moy pourquoy ie puisse » avoir ayde contre toy fors a l'ayde de Dieu et de saint George et de mes » armes et mon bon droit. Et le defendeur apres en tenant la main aux sains » doit dire en ceste maniere. Par Dieu et par les sains j'ay bonne cause contre » toy. Et mas appelle maisement et faulsement et as mauvaïse querelle contre » moy, ne n'ay brief pierre ne herbe ne autre chose par quoy ie doye vaincre, » se ce nest par l'ayde de Dieu et de saint George et de mes armes et de mon » bon droit que i'ay contre toy ».

(3) V. ad es. *Stat. et Consuet. (Normanniæ)* in WARWÖNIG e STEIN, *Urk.*, II, p. 17. « De duello: omnes milites et vavassores suam habent iusticiam in terris suis de duello in civili cum devicto campione xl solidos et unum denarium recreantia habebunt, et latronum suorum iusticiam, eorum et catalla. » Coutume (de la poostey) de Maltheay (a. 1306, tradotta dal latino nel 1336, riconfermata nel 1422) XII (in Giraud II, 410). Item a confesez que se » champ de bataille est ferme entre douz des homes de la poostey tancenans,

di testimoniare (1). Se si trattava poi di causa penale, importante pena di morte veniva senz'altro appiccato, e incorreva nella confisca di tutti i suoi beni.

Del resto in Francia, come in Italia, spessissimo le cause terminavano con una transazione, per la quale era dovuta egualmente un'ammenda (2) al Signore, che doveva presiedere al duello, e questi acquistava inoltre i cavalli e le armi degli avversari riconciliati.

III.

PAESI GERMANICI. — SPAGNA. — UNGHERIA.

Bibliografia. — *Der Sachsenspiegel (Landrecht, ed. WEISKE)*, 1877. *Des Schwabenspiegels Landrechtsbuch* (ed. GENGLER) Erlangen, 1875. A. v. KRIES, *Der Beweis im Strafprocess des MA.* Weimar, 1878. PLANK, *Das deutsche Gerichtsverfahren im MA.* 2 vol. Braunschweig, 1878-79. G. L. v. MAURER, *Gesch. der Städteverfassung in Deutschland.* Erlangen, 1869-71 (4 vol.). ZOEPL, *Alterthümer des d. Reichs u. Rechts*, Leipzig, 1860-61 (3 vol.). R. SCHRÖDER, *Lehrbuch der d. RG.*, 1889. H. SIEGEL, *Deutsche Rechtsgesch.*, 2^o Aufl. 1889.

Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alonso ...glosadas por Greg. Lopez. Valladolid, 1587, in 7 parti. *Usatici Barchinone* in GIRAUD, *Essai*, cit. Du Boys, *Hist. du D. crimin. de l'Espagne*, 1870. ANTEQUERA, *Hist. de la legislación española.* 2^a ed. 1884. HELFFERICH, *Entstehung u. Gesch. des Westgothenrechts*, 1858. DAHN, *Westgoth. Studien*, cit. WOLF, *Ein Beitrag zur Rechtssymbolik aus spanischen Quellen*, Wien 1865 (dagli atti dell'Accad.). FICKER,

» cilz que le champ de bataille ferment, pouhent entre lours acourder à l'en-
 » commencement, et sont tenus pour amende audit prevost et au maire, de
 » trente solz; et se li champ de bataille se fait le convaincut est tenu a cellui
 » qui le vaint a restitution de tous se domaiges et en l'amende du Seigneur,
 » et si le champ de bataille est telz, que de telz fait champ de bataille se doit
 » faire et cil qu'il est convaincus doit souffrir peine de corps, li vyconte a en
 » lui la iurisdiction corporal ».

(1) *Stat. et cons. (Normanniæ)* l. c., p. 23. ...*Quisquis enim per duellum convictus legem testimonii amittit.*

(2) Cfr. sopra nota 3.

Ueb. nähere Verwandtschaft zwischen gothisch-spanischem, u. norwegisch-isländischem Recht, in Mittheil. des Instituts für österr. Geschichtsforschung. II. Ergänzungsband, 1888, p. 455-542.

DARESTE, *Mém. sur les anciens monuments du D. de la Hongrie*, *Acad. des sciences mor. et polit. Compte Rendu*, 1885, 1, 812 seg., o *Études*, p. 248 seg.

1. — Dell'uso delle ordalie e del duello nei paesi tedeschi abbiamo detto parecchio specialmente nel capitolo settimo, e molto fu scritto da illustri autori, per cui ci limiteremo ora a brevi cenni, per evitare ripetizioni tanto meno giustificate, perchè nulla o ben poco potremmo aggiungere direttamente tratto dalle fonti.

Abbiamo visto come il duello fosse favorito dagli Ottoni (1), e dagli imperatori che loro succedettero, come fosse invece combattuto da Federico II e Rodolfo I (2).

Venendo ora ai diritti provinciali e municipali, vi troviamo che duello ed ordalia sono istituzioni di cui non si può riconoscere la sussidiarietà di fronte agli altri mezzi di prova.

(1) V. sopra pag. 288. (Cfr. ZOEFL, III, 109 seg.). È noto inoltre che Ottone I fece decidere con un duello dell'onore della propria figlia. THETMAR MERSEBURG, l. II, 24, *M. G. H. SS.*, III, 755-56. *Continuator Rheginonis*, l. II ad a. 950. *M. G. H. SS.*, I, 620. È poi famoso il duello con cui si decise che i nipoti dovevano concorrere cogli zii all'eredità del nonno. Su questo duello, usato come oracolo, v. VIDUKIND, *Res gestæ Saxon.*, II, 10. (*M. G. H. SS.*, III, 440). SIGEB. GEMBLAC. ad a. 942, *M. G. H. SS.*, VI, 348, (secondo Ranke e Grimm questo duello sarebbe invece da porsi nell'anno 938. Cfr. ZOEFL, III, 111, n. 2). Cfr. UNGER, p. 40. Anche ai tempi di Federico Barbarossa un nobile si offrì a provare col duello (*lege duellionis, que et tege et ratione firmatur*) che l'imperatore poteva *quemlibet principem evocare pro iustitia ad locum, quemcumque vellet, intra terminos sui imperii existentem*. Questo principio importantissimo distruggeva il privilegio *de non evocando* per cui i principi dell'impero non erano tenuti a presentarsi ad un tribunale convocato fuori della loro provincia; nessuno però osò accettare il duello e perciò *edicto imperatoris prefata sententia pro iure perpetuo statuta est*. VITUS ARENECK in LEIBNITZ, *SS. rer. Brunswic.*, III, 673; ARNOLDUS LUBECK. II, 16-17, e CORRADO URSPERG. in MAIER, p. 213-217. Sotto Ottone II abbiamo il duello di Waldo e Gero, su cui vedi Thietmar, III, 7, *M. G. H. SS.*, III, 761. LAMBERTO HERSFELD. e *Annales Hildesheim* ad a. 979. *M. G. H. SS.*, III, 64-65. MAIER, p. 178-180, ZOEFL, III, 111 e v. LEUTSCH, *Markgraf Gero u. seine Zeit*, Leipzig, 1828.

(2) Cfr. sopra l. c. MAIER, p. 180-219; v. KRIES, p. 38, 39, n. 34 e 86, n. 104.

Nel *Sachsenspiegel* il più celebre ed il più importante fra i libri giuridici del medioevo tedesco, troviamo pernessa la prova dell'acqua fredda in mancanza di testimoni per decidere chi abbia la *gewere* sopra un podere (1), e così pure vi troviamo accordata la scelta fra il duello e la prova dell'acqua calda o del ferro infuocato a chi per precedenti delitti ha perduto il diritto di purgarsi col giuramento (2): vera importanza ha però solo il duello usato come mezzo di prova nella procedura penale, o per impugnare una sentenza riconfermata già dal tribunale supremo. Oltre al caso or ora citato, in cui il duello è facoltativo accanto all'ordalia, esso è prescritto per chi voglia scolpare un parente morto dall'accusa di violazione di pace, o voglia provare che fu ucciso a torto, e non per difesa personale dell'uccisore (3), od infine accusando altri di grave delitto, voglia escluderne il giuramento di purgazione, iniziando il processo col *Kampfesgruss* (4) che corrisponde all'*appel* francese.

È questo senza dubbio il caso più importante. Quanto alla determinazione dei delitti per cui è ammesso il duello, essa non può basarsi esclusivamente sul *Sachsenspiegel*, ma deve esser fatta tenendo conto anche delle fonti sassoni posteriori, da cui veniamo a conoscere quale fosse la consuetudine vigente in proposito (5). Per noi basterà però osservare che in generale si combatte per ogni delitto che importi pena capitale, o taglio della mano (6).

Ci resta a dire del diritto, peculiare ai Sassoni, d'impugnare col duello le sentenze pronunciate dal tribunale supremo in presenza del re. Quest'usanza, che abbiamo trovata anche nei tribunali francesi, si può in qualche modo porre in correlazione

(1) *Landrecht.*, III, 21. *Lehnrecht*, 40 § 2. *Libellus ant. de beneficiis*, cit. sopra pag. 191, n. 4, in CACCIANI, III, p. 119. Cfr. PLANCK, I, p. 617-618. Già la glossa respinge in questo caso l'uso del giudizio di Dio, dando invece la preferenza alla divisione fra le due parti.

(2) *Landrecht*, I, 39. Cfr. PLANCK, II, 144.

(3) *Landrecht*, I, 64, II, 14, § 1. Cfr. v. KRIES, p. 44, 57.

(4) *Landrecht*, I, 63.

(5) Cfr. KRIES, p. 40 seg.

(6) Per dettagli v. KRIES, I. c. PLANCK, I, 787 seg.

coll'uso del duello come mezzo di accertare o creare il diritto: è noto infatti che le sentenze, ed in ispecie quelle delle corti supreme, erano nel medio evo vere fonti del diritto, cioè non solo avevano valore fra le parti, ma creavano norme giuridiche che dovevano in avvenire essere applicate in ogni caso analogo (1).

Per impugnare una sentenza, l'appellante con sei compagni combatteva contro sette avversari, probabilmente gli stessi scabini (2).

Le fonti sassoni posteriori allo *specchio*, dapprima se ne scostano assai poco, con tendenza però a restringere l'uso del giudizio di Dio (3). Così il *Richtsteig* ed altre fonti ammettono che l'accusatore possa col giuramento *septima manu* convincere l'accusato, che non abbia diritto a dare egli il giuramento di purgazione (4). In seguito si restringe in pratica l'uso del duello, richiedendo per ammetterlo gravi presunzioni contro l'accusato. Così, per dare un esempio, gli statuti di Freyberg (5) richiedono che almeno tre persone abbiano inteso le grida dell'attore nel momento della consumazione del reato: condizione questa difficile a verificarsi senza che si abbia la sorpresa in flagrante, che escluderebbe il duello.

Lo *Schwabenspiegel* prescrive una delle tre forme consuete di giudizio di Dio (cioè il ferro infuocato e le prove dell'acqua fredda, o dell'acqua calda), per accusa di furto, rapina, o falsa moneta (6). Del resto esso concorda in generale col *Sachsenspiegel* (7), però colle limitazioni nascenti dalla diversità del prin-

(1) Per il diritto sassone in ispecie cfr. PLANCK, I, 320 seg.

(2) *Sachsensp. Landr.*, I, 18, § 3. II, 12, § 8. Cfr. PLANCK, I, 270-271. UNGER, p. 44-48.

(3) Cfr. KRIES, p. 80 seg.

(4) KRIES, p. 80. p. 83, n. 100.

(5) Art. 7 in KRIES, p. 84, n. 102.

(6) *Schwabensp.* (ed. GENGLER, 1875), cap. XXXIX, § 5. cap. CLXY, § 2.

(7) Cfr. I cap. 48 (ed. LASSBERG in KRIES, 89, n. 111) — Ssp. I, 39: cap. 63, 81, 194 (ed. GENGLER). Due casi speciali sono previsti dai cap. 176, 187 (ed. GENGLER) sui quali cfr. KRIES, 90-91.

cipio fondamentale sulla prova, che secondo lo *Schwabenspiegel* compete sempre all'attore in prima linea (1).

Gli Statuti di Augsburg, e lo *Stadtrechtbuch* di Roberto von Freysingen si riattaccano in massima allo *Schwabenspiegel* (2).

Il cosiddetto *piccolo Kaiserrecht*, riferendosi, secondo la congettura di v. Kries, alla *sententia defensionis a periculo duellionis*, da noi ricordata altrove, dice il duello proibito dall'imperatore, ma probabilmente questa proibizione rimase in gran parte lettera morta (3).

Passando ad altri paesi tedeschi, troviamo nelle città austriache l'ordalia preferita al duello, di cui spesso non si trova più menzione (4).

(1) Cfr. KRIES, p. 89.

(2) KRIES, p. 91-92. Roberto v. Freysingen ricorda esplicitamente il duello per omicidio commesso in una osteria per rissa e di cui non si conosce l'autore (II, 5 in KRIES, l. c., n. 115): egli prescrive inoltre il duello fra l'uomo e la donna, che dice di essere stata violata (*Stadt-und Landrechtbuch R. v. F. herausg. von v. MAURER*, II, 51, p. 293-95. Cfr. KRIES, l. c. UNGER, p. 58-59). Alla prova della bara prescritta pure da R. v. F. abbiamo accennato sopra p. 197-198.

(3) *Kaiserrecht herausg. v. ENDEMANN*, 2, 69, p. 108 in UNGER, p. 66 e KRIES, p. 92.

(4) Prescrivono l'ordalia gli Statuti di Ens (ratto e stupro, violazione di domicilio (*heimsuche*) § 12, 19), Vienna (a. 1221 § 18 e 25: omicidio: stato di legittima difesa dell'omicida confessò: stupro e ratto), Brünn (a. 1243 c. 1, 7 e 20: omicidio: stato di legittima difesa). Tutti gli statuti citati non ricordano il duello: anzi i cittadini di Vienna ottennero numerosi privilegi imperiali, che li esonerano da esso nel maggior numero dei casi (a. 1237, Federico II; 1278, Rodolfo d'Habsburg; 1296, Alberto I. Del 1277 è un privilegio di Rodolfo I ai cittadini di Vienna nuova (*Wiener Neustadt*), ai quali è permesso purgarsi col solo giuramento rifiutando il duello, *excepto lesæ Majestatis vel proditiæ patriæ crimine vel traditiæ civitatis*). Gli statuti d'Iglau e Deutschbrod non puniscono, panni, la provocazione a duello, come crede Kries, p. 95-96, ma fissano solo una tassa progressiva da pagarsi al giudice, quando le parti si riconciliino. La provocazione è invece punita nel *Brunner Schöffenchuch*, art. 28 citato e riportato da Kries, come tutte le altre fonti fin qui ricordate in questa nota. (Cfr. anche MAURER, o. c., p. 724-725). Interessante è un privilegio concesso nel 1159 agli abitanti di Pöltten dal vescovo Corrado di Passau, che sembra aver avuto presente la famosa decretale di Alessandro II, poichè si esprime così: « Hanc igitur et talem eis concedimus iusticiam, ut pulsatus... examina-

Nei diritti municipali dell'Alsazia e delle regioni circonvicine (1) troviamo per contro usato il duello nei casi di gravi delitti, ma qui pure, a differenza di quanto avviene secondo il diritto del *Sachsenspiegel*, la prova compete sempre in prima linea all'attore, ed è quindi anche più evidente il carattere sussidiario del duello, e la sua natura di prova dell'accusatore, ciò che non deve però trarre in inganno chi studi il duello nel suo significato originario.

2. — L'abolizione del duello, compiuta solo col trionfo del diritto romano e canonico (2), fu preparata dai privilegi concessi a moltissime città, i cui abitanti potevano rifiutarlo talora incondizionatamente, talora solo se la sfida partiva da un forestiero, o se potevano dimostrare altrimenti la loro innocenza, specialmente giurando con un certo numero di congiuratori (3).

Quanto alle ordalie, la loro decadenza cominciò nel XIII secolo (4), e benchè fosse difficile sradicarle intieramente dalla coscienza di quel popolo, da cui erano state diffuse per tanta

» tione iudicii aque vel ferri, vel huiusmodi quocumque populi vulgigue indicio, a culpa illa et imposito se nullatenus debeat expurgare ». (Invece altrove, a Horhusen, ora Niedermarsberg in Westfalia, si concede nel 1229 ai cittadini di purgarsi col giuramento *duodecima manu* anzichè col ferro infuocato, ma ciò non *de iure sed de benignitate et gratia Archidiaconi et ecclesiae*. ZOEPL, III, 303-304).

(1) V. lo *Stiftungsbrief* di Friburgo di Brisgau (1120), il *Freiburger Stadtrodel* (XIII sec.), i diritti di Colmar (1293), *Friburgo in Uechtland* (1249) e Burgdorf (1316) in KRIES, p. 87-89. Nel *Freiburger Stadtrodel*, a. 44, notiamo il diritto dell'accusato di sfidare a duello i testimoni dell'avversario. Ricordiamo inoltre che in generale il cittadino ha diritto di rifiutare la sfida di un forestiere, cosicchè il duello può essere imposto solo da un cittadino. Cfr. anche *Berner Handfeste* del 1218, a. 30-31, e il *Rechtsbrief Rudolf I für Breisach*, § 1 (a. 1275) in KAIS, O. c., p. 87, n. 106.

(2) Cfr. UNGER, p. 66.

(3) Per l'enumerazione delle varie città cui furono concessi simili privilegi, v. MAIER, p. 281-289. UNGER, p. 64-66. KRIES, p. 86, n. 103, p. 93, p. 95. La trattazione più completa sull'uso del duello nelle città germaniche si trova, per quanto mi consta, nell'eccellente opera di Maurer (*Gesch. der Städteverfassung*, III, p. 729-748), alla quale rimando.

(4) Cfr. SCHRÖDER, *D. Rechtsgesch.*, p. 715. MAURER, O. c., III, 727-28. SIEGEL, *D. RG.*, 495.

parte del mondo civile (1), perdono ben presto quasi ogni importanza giuridica.

Non ci occuperemo ora delle formalità che accompagnavano il duello (2), e che sono consimili in ogni paese d'Europa. Ricordiamo solo che era permesso ricusarlo a causa della parentela, per indegnità, o illegittimità dello sfidante, o perchè questi sia di condizione sociale inferiore, ed infine per malattia o infermità. In quest'ultimo caso si ricorreva a campioni, e così pure, salvo eccezioni, in causa dell'età giovanile o decrepita, del sesso, e della professione religiosa (3).

In ragione della gravità dei delitti per cui si combatte, e senza dubbio anche per incutere terrore a chi volesse tenere la sfida contro diritto, il *Sachsenspiegel* punisce colla pena di morte l'accusato vinto, anche quando l'accusa non importasse pena capitale (4). Per contro l'accusatore, che soccombesse nella prova, era solo punito pecuniariamente.

Accanto ai duelli imposti per legge, altri ne troviamo, come già osservò giustamente Planck (5), che derivano solo dal mutuo consenso delle parti, ed a cui può dar origine una contesa anche non giuridica. Per essi vi era campo franco in parecchie città, fra cui sono famose Hall e Norimberga (6).

Questi duelli durarono a lungo, quando già erano scomparsi i veri duelli giudiziari, e si riattaccano direttamente al duello moderno, da cui però si differenziano perchè autorizzati e diretti

(1) E perciò che in Germania sono molto più numerosi che altrove gli esempi di uso dei giudizi di Dio anche nell'epoca più prossima a noi. Su ciò, per non ritornare sugli esempi citati già altrove, cfr. MAURER, o. c., III, 722-29 ed anche *Das Buch vom Aberglauben* (di E. L. FISCHER), Leipzig 1790, p. 305-308 (prove dell'acqua fredda negli anni 1777 e 1779), p. 310-311 (Bahrrecht). Cfr. anche p. 293, 299 seg. (divinazione).

(2) Cfr. MAIER, p. 253-274. PLANCK, I, p. 794 seg. *Sachsensp. Landrecht*, I, 63. *Schwabenspiegel*, I. c. MAURER, o. c., III, 739-747.

(3) Cfr. MAIER, p. 236-252. PLANCK, I, p. 791 seg.

(4) *Landrecht*, I, 63, § 4, II, 16, § 2. Altri diritti erano meno severi. Cfr. PLANCK, I, 793.

(5) PLANCK, II, 146.

(6) Sui *Kampfgerichte* di Hall, Norimberga e di Franconia, v. MAIER, p. 294-05. UNGER, p. 66-67. ZOEPFL, III, 112.

da pubblici ufficiali, e perchè vi si conserva in qualche modo la forma di un giudizio, proclamando l'onorabilità del vincitore e l'infamia di chi si sia reso.

3. — Alcuni scrittori spagnuoli (1), scrivendo la storia del loro diritto, danno vanto ai legislatori della loro patria perchè non accolsero, o almeno cercarono di restringere quanto era possibile l'uso dei giudizi di Dio, tanto comuni in altre regioni anche più colte. Ed infatti abbiamo veduto come, fra tutte le leggi barbariche, le visigotiche siano le meno favorevoli all'antico sistema di prove germanico, al quale sostituiscono il processo inquisitorio romano-canonico.

Però, come osservò giustamente Ficker, più che al diritto visigotico, il diritto spagnuolo si riattacca al diritto germanico primitivo non ancora trasformato dall'influenza del clero e del diritto romano, nè è quindi da accogliersi l'opinione di chi crede il giudizio di Dio ed il duello introdotti in Spagna in seguito alla breve dominazione franca (2). È infatti innegabile l'analoga notata da Ficker fra l'uso delle ordalie in Spagna e nei paesi nordici in alcuni casi speciali, per es. nella ricerca della paternità (3), per la quale si può quindi ritenere antico costume germanico ricorrere ad un giudizio divino.

Le ordalie usate in Spagna, per quanto consta, sono le solite del ferro infuocato (4), dell'acqua bollente (5) e dell'acqua

(1) ANTEQUERA, p. 119. *Cudnto no dice esto en favor de la civilización goda, y sobre todo en favor de la Iglesia, de quien es obra en su mayor parte aquel importante Código! (il fuero-juzgo).*

(2) Cfr. FICKER, p. 455. Alla derivazione straniera credono ANTEQUERA, l. c. WOLF, p. 46-51. HELFFERICH, 289. DAHN, *Studien*, 286 e lo stesso Ficker per la prova dell'acqua fredda.

(3) V. per le fonti FICKER, p. 493.

(4) Fonti in WOLF, p. 46-49.

(5) *Rituale in Canciani*, IV, 130 (dal *fuero di Baeça*): altro edito da Gaudenzi in *Atti e Mem.* della R. Deputaz. di Storia patria per le provincie di Romagna, serie III, vol. III (1884-85), p. 470 seg., da un Ms. della bibl. Holkham (n. 212, sec. XII-XIII) contenente le leggi visigotiche: altro nel codice di Cardona. (HELFFERICH, p. 15: GAUDENZI, l. c., 472: non sarebbe per avventura da leggervi *manus* invece di *manci*(pium)?) Concilium Legionense del 1020 (l. XL) ed altre fonti in WOLF, p. 49-50: decreto di Alfonso IV del 1072, in cui per rimediare agli arbitri dei pubblici funzionari si ordina che tutte le prove

fredda (1). Il duello varia secondo la qualità delle persone: si fa cioè a cavallo con armatura completa quando si tratta di *milites*, mentre invece i borghesi combattono a piedi con scudo e bastone. Una prova speciale, che si riattacca al duello solo per il nome, è la *batailla de candelas* prescritta dal *fuero* di Navarra per le accuse di furto, e che consisteva nell'accendere due candele di eguali dimensioni, ritenendo convinto l'accusato, se la sua candela si spegneva prima di quella dell'avversario (2).

Le ordalie, proibite fin dal XIII secolo dal vescovo Vidal de Canellas, durano fino al secolo XV, e fino al XVI il duello, che si trasformò poi di giudiziario in cavalleresco come nelle altre parti d'Europa (3).

Questa trasformazione è in qualche modo già preparata dalle *Partidas*, che definiscono il duello giudiziario come un'istituzione in parte passata, e lo impongono solo col consenso delle parti, e per accuse che ledono in sommo grado l'onore, quelle cioè di perfidia e tradimento (4).

dell'acqua bollente si facciano nella Cattedrale di Leon (*España sagrada*, t. xxxvi, App. n. 27 in Du Boys, *D. crim. de l'Espagne*, 60-61). Con questo decreto va confrontato il prologo degli *Usatici Barchinonæ* (a. 1068): « Antequam » usatici fuissent missi solebant indices indicare ut cuncta malefacta fuissent » omni tempore emendata si non potuerint esse neglectata, per sacramentum » et per batayam vel per aquam frigidam sive calidam ecce... ». Gli *usatici* (sulla cui origine e rapporti col diritto romano è da vedersi l'interessante articolo di Ficker: *Ü. die Usatici Barchinonæ, und deren Zusammenhang mit den Exceptiones Legum Rom.*, in *Mittheil. des Instituts für öster. Geschichtsf.*, II *Ergänzungsband* (1888) p. 236 seg. e per contro CONRAT, *Gesch. der Quellen und Literatur etc.*, I, p. 33, n. 5 e GINOUILLIAC, *Cours elem. d'hist. du D. franç.*, 2^a ed., p. 401), conservano la prova della caldaia per i rustici, (art. 53, 112) e ricordano anche la prova dell'acqua fredda (a. 113).

(1) Fonti in WOLF, p. 50-51. Cfr. la nota precedente. Una prova speciale consisteva nell'immergere la mano in una vasca d'acqua, da cui l'innocente doveva ritirarla asciutta. MARICHALAR DE MONTESA y MANRIQUE, *Historia de la legislación* (1861 seg.), II, 329 in WOLF, I, c.

(2) *Fuero de Navarra*, I, v, t. 3, c. 11-12. Cfr. *Hist. de la législ.*, IV, 334, e HELFFERICH, p. 288 in WOLF, p. 52-53. Cfr. sopra p. 61.

(3) Cfr. WOLF, p. 48, 51, ecc. V. un esempio di duello al tempo di Alfonso XI nella *Selva di Mexia* (ed. 1616, I, p. 173).

(4) *Partida*, VII, 4. (Cfr. III, 14, 8). V. anche *Fuero real*, IV, 21. (Cfr. ANTEQUERA, p. 224), *Estillo*, t. 41. (Du Boys, *D. crim. de l'Espagne*, 202), *Ordena-*

Quanto alle formalità di questo duello, basti ricordare che esso come altrove cessa col cadere del sole, ma può rinnovarsi per tre giorni, dopo i quali l'accusatore, che non è riuscito a superare l'avversario, è dichiarato convinto di sfida temeraria. Lo sfidato, che è di ceto superiore all'accusatore, può porre per sé un campione, eguale per ceto e per valentia all'avversario. Per campione combattono pure le donne, ed allora il campione combatte a piedi od a cavallo, secondo la condizione del loro marito.

Fissato il duello, le parti depositano una somma, che deve servire per indennizzare il vincitore; secondo gli *Usatici* di Barcellona, questa somma è di duecento oncie d'oro per i *militēs*, e cento per i borghesi che combattono a piedi.

4. — Ancora due parole sull'Ungheria (1), più che altro per ricordare il registro giudiziale del capitolo di Varad (2), che contiene 389 giudizi pronunciati dal 1209 al 1235, e di cui buona parte si termina coll'ordalia del ferro rovente.

miento de Alcalá, xxxii, in cui si riproduce l'*ordenamiento* di Ndjera del re Alfonso VII (ANTEQUERA, p. 121). Altre fonti in Du BOIS, Op. c., p. 97-98. ANTEQUERA, p. 119. WOLF, 51-53. Per la Catalogna v. gli *Usatici Barchinone*, art. 45, 46, 55-57, 112-113, 170, ecc., e l'ordinamento recentemente pubblicato da OTTO in *Zeitschrift für Rom. Philologie*, 1889, p. 98-114. *Die Verordnung für den gottesger. Zweikampf zu Barcelona*. Secondo OTTO, di grande importanza sarebbe specialmente per la Spagna un antico scritto di MARTIN DE ULLÓA (*Disertacion sobre el origen de los duelos, desafíos y leyes de su observancia, con sus progresos hasta su total extincion*. Mem. de la real Acad. de la Historia. 1, 1796, p. 35-98), che io però non vidi.

Secondo gli *Usatici* non solo si combatte per certe gravi accuse, come ad es. per adulterio, o per dimostrare di aver realmente ottenuto un feudo, ma in qualunque causa si può impugnare il giuramento del *miles*, costringendolo così al duello, mentre d'altra parte parrebbe non sia nemmeno necessario impugnare i giuramenti dei borghesi e dei rustici, quando superino la somma di cinque oncie pei primi, di quattro *mancosos auri* pei secondi, poichè per ogni somma superiore la legge stabilisce pei rustici « *quidquid iurent per examen caldarie demonstrant* », pei borghesi « *quidquid iurent per bellum deffendent* ».

(1) Per questa parte segue intieramente DARESTE, *Mém. sur les anciens monuments du D. de la Hongrie*.

(2) Pubblicato più volte, e per ultimo da ENDLICHER, *Monum. Arpadiana*, Sangalli, 1849.

L'articolo 22 del decreto di Colomano stabiliva verso il 1100: *Iudicium ferri et aquæ in aliqua ecclesia fieri interdicimus, nisi in sede episcopali et maioribus præposituris, nec non Posonii et Nitriæ*, quindi in ogni causa civile e criminale in cui non vi fossero prove sufficienti, i giudici della diocesi inviavano le parti al capitolo, perchè si ricorresse alla prova del ferro infuocato.

Dai vari casi si può desumere quale fosse la pratica vigente in proposito.

Troviamo in primo luogo alcuni dispensati dalla prova, perchè reputati troppo deboli per sostenerla (n. 67, 90, 92), altri per cui si ammette un rappresentante, come ad esempio un fratello per il fratello ammalato, un figlio per la madre decrepita (n° 90 e 2°). Di più cointeressati uno solo si sottopone alla prova; in materia di rivendicazione sempre il garante, non il garantito. Ogni ecclesiastico invece dell'ordalia può ricorrere al semplice giuramento sulla tomba di S. Ladislao.

Chi deve sottoporsi alla prova si prepara con un digiuno di tre giorni, e colla comunione: riceve poi sulla mano il ferro rovente e lo porta per alcuni passi, ed infine gli si rinchiude la mano in un sacco sigillato. Dopo alcuni giorni si procede alla visita della mano, e se è trovata illesa l'accusato è giustificato (*portato ferro iustificatus est*), in caso contrario condannato.

Spesso del resto, prima della prova, od anche dopo, abbiamo diserzione dal giudizio, transazione, o confessione del colpevole. Questi tenta anche talora di ricorrere a frodi, ed apre quindi il sacco per far scomparire le tracce della scottatura, ciò che è facile a riconoscersi per la rottura del sigillo. In un caso (n. 332), un debitore cerca di tenere in mano l'ostia, che aveva servito alla sua comunione, ma è scoperto.

Quando poi il colpevole di gravi delitti si sente scottato, prima della verifica fugge in qualche chiesa, che abbia diritto d'asilo, per aver salva la vita, o trattare della composizione.

L'ordalia durò in Ungheria per tutto il XIII secolo, più tardi sotto i re Angioini non si trova più in uso, mentre resta ancora il duello, che già nel XIII secolo si era cercato di abolire

in molte carte locali (1): non si combatte però più come anticamente all'ultimo sangue e senza armi difensive (2), e d'altra parte al duello si ricorre solo in casi eccezionali.

(1) Cfr. DARESTE, p. 823. Egli stesso ricorda però la carta di Bistritz del 1235, in cui il duello è ancora prescritto.

(2) Cfr. DARESTE, p. 830.

APPENDICE

La Summa de pugna di Rofredo.

Il trattato di Rofredo, che m'indussi a pubblicare, perchè ebbe diffusione ed influenza grandissima, e dice con brevità e precisione molte cose, che avrei altrimenti dovuto notare, o svolgere più ampiamente nel corso del lavoro, ci è conservato, per quanto mi è noto, in cinque manoscritti (1), cioè in uno di Magonza; nel Parmense HH. I. 11. 1227 (fo. 63-64), e nei Parigini lat. 4614 (fo. 122-124 a piè di pagina), 4616 (fo. 1), 4489 (fo. 104): l'ultimo manoscritto è però scompleto, e l'opera vi si arresta verso la metà del terzo titolo alle parole: *secundario propria ut si aliquem*.

(1) Cfr. MERKEL, *App. per la storia del diritto longobardo*, p. 45; SAVIGNY (trad. Bollati, I, p. 344); ANSCHÜTZ, *Ueb. einige Pariser Handschriften ecc. Archiv.*, XI, p. 220-221 e specialm. 226; BLUMME, *Præf.* in *Mon. G. H. LL.*, IV, p. cv, n. 17 e 19. I due Manoscritti parigini 4614 e 4616 (quest'ultimo proveniente da Bergamo) derivano non immediatamente, ma certo per non lungo tramite da un comune archetipo, che si scosta dal codice Parmense in molti punti, ma specialmente nell'invertire l'ordine dei titoli ix e x contro l'espressa indicazione di Rofredo e di Alvaroto e nel contenere in fine una lunga appendice divisa in due rubriche, che certo non sono opera di Rofredo, come si vede dal proemio. I due manoscritti hanno poi comuni alcuni errori grossolani, come ad es. la lezione *in accusationibus prestari* invece di *prestiti*, in fine del tit. x: *crimen quod in penis quod me* invece di *crimen quod imponis quod te* nel tit. III, ecc. Del resto il Ms. 4616 sembra molto più corretto del 4614, dove le parole tecniche *intertiare*, *asto*, *cucurbitatio*, ecc., sono comunemente affatto travisate.

La presente edizione è condotta colla scorta del manoscritto Parmense, e dei due primi Parigini. Il ms. Parmense, da cui trascrissi io stesso lo scritto di Rofredo, fu fatto conoscere da Merkel, e recentemente Palmieri pubblicò da esso la *Summula* di Ugo. È membranaceo della fine del XIII sec. di f. 97 (compresi parecchi fogli cartacei bianchi intercalati in vari luoghi) di mm. 402 × 248, e contiene, oltre le due *Summe*, varî scritti sul diritto feudale. Dei due manoscritti Parigini, in cui l'opera di Rofredo si trova in aggiunta alla Lombarda di mano del XIV secolo, debbo la collazione alla gentilezza del signor C. Coudere, sottobibliotecario alla biblioteca nazionale di Parigi e ben noto agli studiosi, il quale per intromissione dell'illustre Delisle, notò per me tutte le varianti del ms. lat. 4614 e le più importanti del 4616. Di ciò mi è grado potergli pubblicamente esprimere la mia viva riconoscenza.

Oltre ai manoscritti, mi furono di grande utilità la nota opera di Alvarotus sul diritto feudale, e quelle sul duello di Giovanni de Lignano e Paris de Puteo. Nell'opera d'Alvarotus è infatti ricordato lo scritto di Rofredo, riportandone tutte le rubriche, in quella di Giovanni da Lignano, compilata nel 1360, quanto si riferisce realmente al duello, è in massima parte una parafrasi di Rofredo; infine in Paris de Puteo si trovano trascritti alla lettera intieri periodi, specialmente nel titolo primo. Con questi aiuti ebbi facilmente ad avvedermi, che a base dell'edizione doveva porsi il Ms. Parmense, il quale, benchè poco più antico degli altri due, e scritto trascuratamente, tanto che vi si trovano omesse intiere proposizioni, si conserva molto più fedele all'antico linguaggio giuridico, goffamente ripulito nei manoscritti Parigini, ed è incontestabilmente superiore nelle rubriche, sempre corrotte nel Parig. 4614.

Ciononostante non mi lusingo punto di aver potuto ricostruire un testo intieramente corretto ed esente da interpolazioni, perchè già l'archetipo comune dei tre manoscritti, di cui mi servii, doveva essere assai corrotto. Ciò si vede specialmente nel titolo terzo (1), per il quale ci è anche di poco aiuto il confronto con

(1) Alcune parole, che dovetti aggiungere in questo titolo ed altrove di congettura, sono stampate in corsivo.

Giovanni de Lignano e Paris de Puteo; mi duole quindi tanto più di non aver potuto servirmi anche del Ms. di Magonza (1).

Era mia intenzione di dare a piè di pagina le varianti dei manoscritti e dei testi seguiti dai due autori or ora citati, ma quando già tutto era preparato per la stampa, l'egregio mio amico D.^r G. Battista Palmieri, che, a mia insaputa, preparava un'edizione di questo stesso scritto di Rofredo per la *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi* del Prof. Gaudenzi, ne lasciò a me l'incarico, per cui decisi di pubblicare qui il solo testo, aggiungendovi le opportune illustrazioni nell'edizione maggiore. Mi parve però di meglio raggiungere lo scopo di questa appendice, aggiungendo ad ogni titolo i rinvii alle parti corrispondenti delle opere di Giovanni de Lignano, Paris de Puteo, e Giacomo de Castillo (2). Le citazioni si riferiscono alle edizioni dei *Tractatus universi iuris*: solo per Giovanni de Lignano aggiunti anche la citazione per capitoli secondo l'edizione ricordata del 1487, che presenta, come dissi, un testo diverso.

**Incipit summa de pugna a domino Rofredo Beneventano
iuris civilis professore compilata.**

Cum tractatus de pugna sit utilis, et generaliter id (f. 63, c. 2^a) quod de pugna optinet observetur, ideo, quantum facultas ingenii supetit, studiose notare curavi, ne ulla in pugna contingat dubi-

(1) Pure, a giudicare dai passi di Rofredo pubblicati secondo il Ms. di Magonza da SAVIGNY (trad. BOLLATI, II, 110 e n. k, 193, n. b. Cfr. anche 332, n. g, e III, 455), il testo di questo Ms. non merita punto la preferenza sul Parmense. Infatti, per non parlare dell'errore grossolano *set quod domino* invece di *scilicet quia dominus* nel tit. I, 7, anche il titolo terzo ha un'aggiunta, che manca negli altri Mss. e che secondo ogni probabilità è un'interpolazione: *ut audiri a domino meo Ka. beneventano, cuius ego discipulus sum qui hoc opus condidi, et nomen non apposui conditoris, et eiusdem sum patrie habitator*. Rofredo non poteva avere alcuna ragione di nascondere il suo nome, che infatti si trova e nel Ms. Parmense e nel Parigino 4614 (dove si ha infine *Explicit summa Rofredi de pugna s. long.*). Che la rubrica sia stata omessa in alcuni Mss. è fenomeno comunissimo, e che, unito all'accento alle lezioni di Carlo di Tocco, ha dato luogo all'interpolazione in questione.

(2) Come già dissi, Giacomo de Castillo attinge a Paris de Puteo, non a Rofredo; non poteva quindi essere di alcun aiuto nella correzione del testo.

tatio in futurum. Verum, quia multa in pugna sunt considerata iudicibus ydoneum duxi et utile hoc opusculo omnia breviter denotare: scriptum est enim: gaudent brevitate moderni, et non sunt necessaria multa monimenta verborum, ut C. de ap. l. « ampliozem », et multitudo verborum nichil habet honesti, ut in aut. de refferendariis. coll. II, circa finem.

Videamus igitur in primis in quibus casibus fiat pugna. Secundo quando pugna admittitur per campionem, et quando per principales personas. Tercio qualiter sacramenta in pugna presententur. Quarto an liceat alteri parti dare campionem, si alteri parti fuerit hoc a lege concessum. Quinto quis possit esse campio. Sexto in cuius electione sit pugna. Septimo qualiter pugna debeat ordinari. Octavo que arma sint a legibus et per consuetudinem in pugna concessa. Nono, si arma ceciderint vel frangantur, utrum debeant restitui vel alia dari. Decimo quis primo alium. percutiat. Undecimo si uno die pugna non fuerit finita, utrum alio die debeant campiones in eadem tenuta restitui vel possessione. Duodecimo qualiter convictus in pugna debeat condemnari. Per has duodecim Rubricas et titulos quilibet potest esse perfectus in pugna: XII enim uncie assem faciunt, ut Instit. de her. insti. § « hereditas ». XII etiam apostoli totum mundum divina gratia converterunt. XII etiam tabule in legali studio perfectam scientiam tribuunt ac doctrinam. XII etiam existunt Rubrice in quibus consistit arbor actionum. Quare ergo livor cesset in iudice attendente benivolum animum et fidelem propositum servitoris.

(I). — In quibus casibus fiat pugna (1).

(1). Fit pugna in crimine lese maiestatis, ut in Lomb. de maleficiis et publicis criminibus l. ult. (2). Fit pugna de consilio mortis in casu uno et speciali si mulier consuluerit in morte ma-

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 176. (T. U. I., XII, f. 283). PAR. DE PUT., *De iure longob.* (T. U. I. XVI, 399). JAC. DE CASTIL., II, 4 (T. U. I., XII, f. 288).

riti, ut in Lomb. de consilio mor. l. f. (3). Fit pugna de obprobrio cucurbitatis, ut in Lomb. de convitiis, l. 1, et ita de nulla iniuria fit pugna nisi de ista, et est ratio quia duobus fit iniuria et viro et uxori, et favore etiam matrimonii. (4-5). Fit pugna de homicidio in duobus casibus, si fiat in treugua et si fiat in absconso, ut in Lomb. de homic. li. ho. l. « qui vero in treugua » et l. f. (6). Fit pugna de parricidii crimine in casu uno, veluti si dicatur commissum propter cupiditatem bonorum interfecti, ut in Lomb. de parric. l. f. (7). Fit pugna de furto commissio a servo qui est in fuga, si dominus negare velit servum fecisse furtum, ut in Lomb. de furt. l. « si servus dum in fuga », sed quidam dicunt quod lex illa gualgosianorum iniquitatem contineat quod dominus teneatur pro servo pugnare. (8). Fit pugna si quis accusetur quod adulterium commisit in vero, vel suspicetur cum uxore alterius, ut in Lomb. de adulteriis l. iv. (9). Fit pugna si aliquis dixerit alicui mulieri quod sit fornicaria vel adultera, et tunc ita fit pugna si actor dicat « ego sum paratus probare »; alias, si negat *et affirmat* quod per furorem dixerit illud, iurabit cum XII sacramentalibus suis, ut in lomb. de iniuriis l. II et ita in nullo casu fit pugna de iniuria mulieri dicta nisi in isto. (10). Fit pugna de re interciata et tunc ita si dominus post receptum sacramentum a reo, quod non sit fur vel collega furis, dicat illum deierasse et ita furtum commisisse et sic rem nolit recipere sine pena furti, ut in lomb. de rebus interciatis, l. « si res interciata ». (11). Fit pugna si quis conveniatur quod malo ordine rem mobilem vel immobilem possideat: intra xxx annos poterit illi pugna imponi, ut in lombard. de prescriptione l. II. (12). Fit pugna si accusetur alius de tali crimine ubi fit pugna et dominus debet pro aldione pugnare, ut in lomb. de his que ad aldi. l. 1, quam legem quidam intelligunt in aldione absente vel servo per l. in lomb. de furtis. l. « si servus vel aldio ». Alias dominus pro eo pugnare non cogitur, immo mittit eum ad iudicium, ut in lomb. de dampno et iniuria, l. fl. (13). Fit pugna inter contrarios testes, ut in lomb. de testibus l. « si quis cum altero », et l. f., que leges locum habent si producantur testes ab actore et reo: verum si ab eadem parte, pugna non iudicatur. Et est ratio quia aut aliquid probat, et tunc condempnatur alia pars, aut nihil

probat, et tunc absolvitur. Et quando a diversis partibus produciuntur, ita demum locum habet pugna si omnia sunt (f. 63, c. 3^a) paria. Alias, si testes actoris verisimiliora dicunt quam testes rei, pugna non fit, quia certus est iudex quid facere possit. Idem est e contra ex parte rei. Ita demum inter contrarios testes fit pugna, si ipsi inter se imponant, nam pars testibus non potest pugnam imponere nisi ipsi velint. Omnes hii casu qui sunt XIII, quia in homicidio fit in duobus casibus, inveniuntur extra titulum illum « qualiter quis se defendere de. » omnes vero sequentes eodem titulo inveniuntur. (14). Fit pugna de debito paterno contra filium, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. « si quis post mortem » quam legem quidam intelligunt ita generaliter sicut sonat, et ita dicunt quod deterioris conditionis sit filius quam pater. Alii contra: immo loquitur de eo debito paterno, in quo pater tenebatur pugnam facere, ut in furto, deposito, incendio, et appellavit legislator « debitum » in larga significatione, scilicet si debeatur ex maleficio vel quasi. (15). Fit pugna de incendio, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. « si quis alium asto »: ita tamen hoc casu fit pugna si principaliter agatur contra malefactorem non si contra consiliatorem, ut in lomb. de illic. consilio l. 1: tunc enim pugna non fit. (16). Fit pugna de adulterio si dicat maritus uxorem suam adulteratam esse, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. « si quis uxorem ». (17). Fit pugna si maritus suspicatur quod aliquis turpiter versetur cum uxore sua, turpiter eam tangendo, ut in predicto t. l. « si quis ammodo ». (18). Fit pugna de periurio, si ab aliquo scienter pro quacumque causa periurium sit commissum, licet in illo casu pugna non posset imponi, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. « de furto ». (19). Fit pugna de instrumento prediorum falso appellato, sive a diversis partibus sit prolatum, sive ab una tantum, ut e. t. « de prædiis ». (20). Fit pugna si ecclesia contra ecclesiam habet controversiam, vel contra privatum, et instrumentum dicatur falsum, ut in e. t. l. « De ecclesiarum ». (21). Fit pugna de infidelitate, ut in e. t. l. « Ubicumque ». (22). Fit pugna de predii investitura, id est sive dicat quis se primo investitum et de possessione expulsum, et alius idem dicat, et ita intenditur interdictum unde vi, vel uterque se possidere contendat et non constat quis sit potior in possessione, ut e. t. l. « de investitura ». (23). Fit pugna de de-

posito negato a depositario, si depositum sit ultra xx sol., ut in e. t. l. « si quis per se ». Et sic in deposito ut pugna fiat tria sunt considerata, ut aliquis deponat rem vel eius nuntius (non ergo si alius deponat ut tibi reddatur locum habet pugna); item ut sequatur infitatio et sit ultra xx sol. (24). Fit pugna si dicat quis quod cartulam fecit per violentiam, et sic fit pugna in vi compulsiva, scilicet unde agitur quod metus causa ut in e. t. l. « si quis dixerit »; et sic de tribus violentiis fit pugna: in expulsiva, in compulsiva et in ablativa, ut in e. t. l. « de furto ». (25). Fit pugna de furto vel rapina ultra vi sol. ut in e. t. l. « de furto ». (26). Fit pugna de libertate a servo petita ut in e. t. l. « si servus », licet quidam voluerint dicere quod illa lex sit gualgosiana. immo non est. Non ergo fiet pugna si aliquis qui est in possessione libertatis, petatur in servitutem. Item locum habet ut pugna imponatur in annos xxx, post non, ut in lomb. de prescriptione l. III. Quod diximus de ecclesia ut possit pugnare, videtur durum cum ecclesia iure romano vivat, ut in lomb. de episcopis et cle. l. « ut omnis ». Resp. quidam intelligunt quando ecclesia successit longobardo et ita agit et se defendit sicut longobardus tenebatur se defendere: non enim mutatur ius successionis propter privilegium succedentis, ut ff. de iudic. l. heres. Alii simpliciter intelligunt sicut sonat littera. Alii intelligunt de ecclesiasticis personis, quando delicta committunt in quibus fit pugna. Illud in pugna sciendum est, quod numquam iudicamus de simili ad simile, quia odia sane displicent, ut in lomb. de homic. li. ho. l. « recolimus », et odia magis sunt restringenda quam proroganda, ut ff. de liberis et po. l. « cum quidam ».

(II). — Quando pugna admititur per campionem et quando per principales personas debeat fieri (1).

Pugna de iure longobardo quando admittitur semper admitti debet et iudicari inter principales personas, preter quam in VIII casibus. Primus, si iuvenilis etas interveniat. Secundus, si de-

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 177 (*T. U. I.*, l. c.). PAR. DE PUT., v. *Pugna vel duellum* (*T. U. I.*, l. c., 397). JAC. DE CASTIL. l. 1-4 (*T. U. I.*, XII, 286-87).

crepita etas est, nam plurimus est labor et dolor. Tercius, si infirmitas aliqua pugnare prohibeat: hos tres casus invenies in lomb. qualiter quis se de. de. l. « quacumque » et de parriicidiis l. f. Quartus, si servus, qui est in possessione servitutis proclamet in libertatem; pugna enim imponitur et dominus pugnat per campionem, ut in Lomb. qual. quis se de. de. l. « si servus propter appetitum ». Quintus, si ecclesiastica persona, ut clericus, vel comes vel vidua causam habent inter se vel cum aliis in illis casibus in quibus pugna fit, ut supra notatur: iste persone pugnant per campionem, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. f. Sextus, si mulier accusetur de adulterio ubi est pugna, tunc eius mundualdus pugnat pro ea, ut in e. t. l. (f. 63. c. 4) « si quis uxorem ». Septimus; si testes actoris sint contrarii testibus rei, uterque ex istis campionem constituet, ut in lomb. de testibus. l. « si quis cum altero ». Octavus etiam casus assignari potest, ut si servus absens et fugitivus accusetur de furto, dominus pugnat pro eo, et ita dominus est campio loco servi, ut in lomb. de furtis. l. « si servus dum in fuga ». Hodie tamen de consuetudine permittitur cuilibet campionem dare.

(III). — Qualiter sacramenta in pugna prestantur (1).

In hac specie tres sunt sententie: sunt enim qui dicunt quod semper in qualibet pugna sit prestandum sacramentum, ab actore sic esse, a reo sic non esse, et sic secundum eos omnes leges que locuntur de astu corriguntur, et inducunt argumentum in lomb. qualiter quis se defend. de. l. « mentio »: horum sententia iniquitatem continet, quia hoc a iure cautum non est, immo contrarium, ut de astu tantum iuretur a parte actoris, ut in predicto t. l. si quis alium astu. Sileat ergo cum suis sequacibus Mantuanus in hac sententia. Numquam enim prestantur in pugna talia sacramenta nisi inter contrarios testes, ut in lomb. de testibus l. « si quis cum altero », et l. f. Alii dicunt

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 179 (T. U. I., l. c.). PAR. DE PUT., 1. In pugna (T. U. I. l. c., 391). JAO. DE CASTIL., III, 2 (T. U. I., XII, 289).

et distinguunt, ut audiui a carulo, reffert quis veniat ad accusandum, an in causa propria an in aliena: item si in propria aut dicit quia suspicor, aut dicit ita esse: item in aliena aut prorsus aliena aut aliena principaliter, secundo propria.

Si venit ad accusandum in causa propria, puta de furto sibi facto, vel de incendio, vel de adulterio sue uxoris, tunc si dicit in accusatione « ego talem suspicor et certam suspicionem habeo quod talis fecit furtum » tunc in sacramento iurabit de astu, id est: « ego credo quod iustam habeo petitionem contra ipsum », scilicet quod appellatur iure romano callumnia iure longobardo appellatur astus. Sed illud notatur, quod quando quis accusat aliquem de suspicionem in propria causa, certas debet habere presumptiones unde illa suspitio procedat. Puta, si volo aliquem accusare de furto, debeo dicere aliquam presumptionem quoniam ipse commisit; puta, fuit inventus summo diluculo coram hostio quod inventum est fractum. Si de incendio volo accusare, debeo habere aliquam presumptionem, scilicet quod in campo meo intravit: si de adulterio, tunc debet probari quod cum uxore sua loqueretur. Quod hec sint vera, et aliter pugna de suspicionem non admitatur, nisi ita videatur certa suspitio, dicit lex in lomb. qualiter quis se defen. de. l. « si quis alium astu »: etenim ibi dicit « certam suspicionem eto. », et ita ponimus certam, sicut dictum est. Alii exponunt aliter certam, scilicet quod ille qui iurat debeat dicere certam per suum sacramentum et non habeat necesse probare. Si vero in propria causa vult dicere rem ita esse, quod iste in veritate fecit furtum, debet iurare rem ita esse, et ita secundum formam accusationis erit prestatio sacramenti, ut, si de suspicionem sit accusatio, de suspicionem iuretur, si de veritate sit accusatio, de veritate iuretur. Si vero *quis venit ad accusandum* in causa aliena et prorsus aliena, ut in crimine maiestatis, vel in causa aliena principaliter, secundo propria, ut si aliquem dixerit argam, (nam causa ista principaliter est aliena propter crimen quod imponis quod te non tangit, secundo est tua, quia si non probas, puniris, et sic non puniris ratione pugne, quia iam idem esset in omnibus, sed puniris ratione iniurie, quam dixisti) *tunc de veritate iurabit.* In hac enim causa quia quis venit ad accu-

sandum ut testis, debet in accusatione dicere, quia tu in rei veritate crimen lese maiestatis comisisti, vel quia tu in rei veritate es arga. Dicunt tamen in omnibus his reum debere iurare semper rem ita non esse, et sic sacramentum rei non mutatur. Sed licet horum sententia videatur equa quo ad sacramentum actoris, in sacramento tamen rei equa non est. Immo sententia papiensis equitate gaudet, ut in omni casu vel crimine ubi pugna imponitur, de astu sacramentum ab actore prestatetur, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. « si quis alium astu »: reum enim numquam debere in pugna iurare dicunt, hac ratione quia reus tenetur ad duorum unum tantum, id est iuret vel pugnet: sed si iuraret et pugnaret non alterum tantum faceret, sed utrumque, et ita illa verba disiunctiva « aut etc. » nihil operarentur, que invenies in omnibus legibus que de pugna tractant, ut in lomb. qual. quis se defen. de. l. « si quis post ». Preterea nichil prodesset sacramentum rei, quod est perditio cum reus paratus sit pugnare. Actor ideo iurat quia alias non posset imponere pugnam, ut in predicto t. l. « si quis astu ». At eis obicitur: reus ammittit manum si vincatur in pugna, ut in lomb. de homic. li. ho. l. « qui vero intra treugiam ». sed responditur: ibi ammittit manum propter homicidium commissum et ita, lege de testibus, « si quis cum altero » propter periurium commissum in testimonio punitur reus. Et sic nota quod sacramenta ista sunt in pugna prestanda, vel de astu tantum secundum quosdam, vel rem sic esse secundum alios, ut dictum est. Prestatur etiam aliud sacramentum secundum papienses, scilicet quia sive principalis persona per se pugnam fatiat sive campio, iurat quod nullam rem que ad malefium pertineat habet, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. « nullus campio ». Albertus elegit sententiam quandam ex omnibus predictis, ut actor semper iuret de astu preter quam in tribus casibus, in crimine lese maiestatis, inter contrarios testes et (f. 64. c. 1^a) de investitura predii, ut in lomb. qualiter quis se defen. de. l. « de investitura »: in reo dixit idem quod omnes dicunt, preter quam papienses.

(IV). — An liceat alteri parti dare campionem si alteri parti hoc fuerit a lege concessum (1).

Si uni parti propter causas memoratas permissum est a iure habere campionem, et alteri parti habere licet, ut in lomb. qualiter quis se defen. de. l. « quacumque » in fine, preterquam in casu si servus contendat contra dominum, ut in e. t. l. « si servus », et hec fuit aliquorum sententia, et pro eis facit littera predictae legis « quacumque ». Alii dicunt quod ita permittitur alteri parti dare campionem in illis tribus casibus, in aliis non permittitur, ut in e. t.; nam si illud personis illis specialiter conceditur, ergo aliis denegatur, ut ff. ad munic. l. 1, et ff. de legatis 1, l. « si quando »: fuit et aliquorum sententia quod numquam alia pars possit campionem dare, nisi in casibus a iure permissis, et tunc, si illi conceditur, alteri non conceditur, ut in lomb. qualiter quis se defen. de. l. f., et quod dicit lex illa quacumque « et alteri similiter licet hoc facere » exponunt ipsi quod sicut licet actori in illis casibus, ita et reo liceat, si aliquis dictorum casuum interveniat in persona eius. Prima sententia, et si non de iure stricto, de equitate tamen procedit, et eam usus cotidianus in plerisque partibus approbavit. Sed illud nota quod quando pugna debet fieri per campionem, debet fieri eorum equa distributio ut et advocatorum, ut C. de postul. l. « providendum », et etiam iure longobardo cavetur quod pugna debeat fieri per similes campiones, ut in lomb. qualiter quis se defen. de. l. f., sed si fiat inter principales personas, non attendimus equalitatem neque inequalitatem nisi in casibus predictis; principaliter enim pugnabunt.

(V). — Quis possit esse campio (2).

Campio de iure longobardo admittitur omnis ille qui non repellitur; sic et in postulando iure romano, ad quod omnes ad-

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 180-1 (*T. U. I.*, l. c.). PAR. DE PUT., v. *Pugna vel* n. 3. (*T. U. I.*, xvi, 397). JAC. DE CASTIL., 1, 2. (*T. U. I.*, xii, 286-87).

(2) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 182. (*T. U. I.*, l. c.). PAR. DE PUT., v. *Quando* (*T. U. I.*, xvi, 397). JAC. DE CASTIL., 1, 6 (*T. U. I.*, xii, 287).

mittuntur nisi repellantur, ut ff. de postul. l. i. Concordant enim campio et advocatus, unde sicut per advocatum causa examinata deciditur, ut C. de advo. di. iu. l. «advocati», ita et per campionem. Fur autem campio esse non potest, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. «ut campionem»: et est ratio quia presumitur quod si in pugna succumberet, potius succumberet propter delictum suum, quam propter delictum actoris vel accusati. Infamis etiam campio esse non potest, et omnis fur est infamis, ut ff. de furtis, l. «non potest» et ita repellitur quicumque est in criminali peccato ratione predicta. Sed cum hodie campiones non soleant pugnare, nisi locata opera sua, num eo ipso sunt infames? Ita videtur, ut ff. de his qui no. infra. l. ii, in fi. et de postul. l. i, circa medium; at ille leges locuntur de his qui ludibrium sui corporis faciebant, puta, prodeundo in scenam, vel pugnando cum bestiis feris. At campio, licet locet operas suas, non est infamis, ut ff. de his qui no. infra. l. «atletas»; sic nec advocatus est infamis, qui hodie locat operas suas, licet secundum leges sit infamis, ut C. de postul. l. «quisquis»; sed illa de advocatis percipientibus salarium de publico loquitur.

(VI). — In cuius electione sit pugna. Rub. (1).

Pugna de iure longobardorum semper est in electione actoris, ut in lomb. qualiter quis se de. de. l. «si quis ammodo» et l. «de prediis», preter quam in duobus casibus, puta in crimine lese maiestatis, ubi necessitate causatam cogitur pugnam imponere si eum puniri vult, et si aliquis dixerit aliquem argam, ut in lomb. de public. cri. l. f. et de convitiis l. i, licet omnes leges dicant quod reus tenetur per pugnam se defendere vel iurare, ut in lomb. qualiter quis se defen. de. l. «si quis post», et sic videtur quod sit electio rei in pugna, quia electio est disiuncti debitoris ut ff. de iur. dot. l. «plerumque» in f.

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 183. (T. U. I., l. c.). PAR. DE PUT., 1, Actor (T. U. I., xvi, 391).

(VII). — Qualiter pugna debeat ordinari (1).

Qualiter pugna sit ordinanda iure cautum non habemus, sed ex consuetudine ita fiet: eligitur enim locus planus et amplius sive in civitate, sive extra, et circum circa clauditur cordis, et nullus erit ausus misso banno in pena personarum et rerum, ut audeat tumultum facere vel clamorem per quem pars altera posset offendi, et etiam si nulla pars offenderetur, aliquis loqui non audeat. Iudex autem erit in istius loci introitu, et videbit et considerabit quis forte succumbet et qualiter, et si unus decipiat alterum. Et si forte pugna die illo non finiatur, iudex scribere debet utriusque partis tenutas et videre et commendare memorie, ut, cum venerit alio die iterum ad pugnam, suam utriusque debeat restituere saxinam et uterque per iudicem in sue tenute possessione restituatur. Quod autem pugna debeat in campo fieri, lex dicit in lomb. qualiter quis (f. 64. c. 2^a) se defen. de. l. « mentio ».

(VIII). — Que arma sint a legibus et per consuetudinem in pugna concessa (2).

De iure longobardorum ista invenimus arma concessa, scuta scilicet et fustes, ut in lomb. de testibus. l. « si quis cum altero » et in t. qualiter quis se defen. de. l. « mentio ». Verum ut alia arma vel galeas habere debeant, lege nihil cavetur: de consuetudine tantum prestantur. Scuta et fustes debent esse omnino equalia, et a iudice equaliter prestari.

(IX). — Si arma ceciderint vel frangantur utrum debeant restitui vel alia dari. Rub. (3).

Dicunt quidam si arma frangantur quod alia prestari debent, quia pugna cum fustibus fieri debet, ut dicta l. « mentio » (ita

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 184. (T. U. I., l. c.). PAR. DE PUT., II, *Designatores* (T. U. I., XVI, 391). JAC. DE CASTIL., III, 4 (T. U. I., XII, 289).

(2) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 185. (T. U. I., l. c.). PAR. DE PUT., IV, *Arma* (T. U. I., XVI, 397). JAC. DE CASTIL., III, 6 (T. U. I., XII, 289).

(3) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 186. (T. U. I., l. c.). PAR. DE PUT., IV, *An duello* (T. U. I., XVI, 397).

enim dicit « pugna fiat cum fustibus ») et dicta l. « si quis cum altero », verum si ceciderint alia non debere prestari: sed cui ceciderint, sue fortune imputet, et de se queratur. Si enim arma sibi restituenda diceret, iam si in pugna caderet, diceret eum relevari debere, et secundo erigi, quod esset iniquum. Alii vero dicunt alia arma non esse prestanda sive frangantur sive cadant. In his locorum consuetudinem dicimus spectandam et servandam esse, quod si non inveniatur, quod equius iudici videbitur et iustius faciet et iudicabit.

(X). — **Quis primo alium percutere debeat. Rub. (1).**

De eo quod rubrica ista dicit, quis debeat primo alium percutere, nichil invenitur iure cautum, sed de consuetudine, que et lege iuvare potest, ita servatur, ut sicut actor primo porrigit libellum reo, ut C. de litis cont. autent. « offeratur », ita campio actoris primo reum percutiat, exemplo libelli in accusatione prestiti.

(XI). — **Si uno die pugna non fuerit finita, utrum alio die debeant campiones in eadem tenuta vel possessione restitui (2).**

De hoc capitulo ita servamus et iudicari debet; iudex enim caute considerabit singula, ut sicut campio alterius possessionem habet ita ei restituatur, ut notatur supra in rubrica « qualiter pugna debeat ordinari ».

(XII). — **Qualiter convictus in pugna debeat condemnari (3).**

Quidam dicunt damnatum in pugna non debere in tantum damnari sicut si convinceretur testibus, quia pugna est incertum

(1) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 187. (T. U. I., l. c.). PAR. DE PUT., I, *Quis debeat* (T. U. I., xvi, 391).

(2) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 188. (T. U. I., f. 283-84). PAR. DE PUT., III, *An si una* (T. U. I., xvi, 396). JAC. DE CASTIL., III, 5 (T. U. I., XII, 289).

(3) Cfr. JOH. DE LIGN., c. 189-190. (T. U. I., l. c., f. 284). PAR. DE PUT., IX. *Quidam accusavit*, XI. *Si pugna vel duellum*. (T. U. I., xvi, 424, 427-28).

Dei iudicium, ut in lomb. de homic. li. ho. l. «recolimus». Sed contra in lomb. de publicis cri. l. f. et de homic. li. ho. l. ult. et de iniuriis muli. l. II, et qualiter quis se de. de. l. «si quis ammodo», et dicunt utrobique similiter condemnari sive per pugnam sive per testes vincatur. Sed numquid locum habet pena de iure romano, que est ut calumpniantes ad vindictam poscat similitudo supplitii, ut C. de accusat. l. f. et C. de calump. l. f.? Resp. non nisi in casibus ubi hoc invenimus, ut in predictis quatuor legibus et «de seditione contra iudicem levata» l. «Cognovimus». ROF. BENEVENTANUS.

Explicit summula domini Rofredi beneventani de pugna.

INDICE

PREFAZIONE Pag. v-x.

CAPITOLO I. — Origine, cause ed evoluzione del concetto di giudizio di Dio.

1. Definizione dell'ordalia o giudizio di Dio. — 2. Universalità dell'ordalia. Condizioni individuali e sociali, che la spiegano. — 3. Origine dell'ordalia: varie specie: imprecazioni: giuramento. — 4. Il duello giudizio di Dio. — 5. Esame di alcune ipotesi sull'origine e natura del giudizio di Dio: Vico, Königswarter, Schæffe, Montesquieu, Réville, Wuttke, Gierke. — 6. Evoluzione parallela della religione e dell'ordalia. — 7. Uso dell'ordalia, e sua posizione di fronte agli altri mezzi di prova. — 8. Cause, che determinano la decadenza e l'abolizione del giudizio di Dio. Sopravvivenze, ed ultime tracce di esso. — 9. Partizione della materia. Pag. 1-36.

CAPITOLO II. — L'ordalia presso i popoli selvaggi e semiselvaggi.

1. Considerazioni generali. — 2. Ottentotti. — 3. Papuas. — 4. Razza negra (Negri Africani e Cafri). — 5. Razza oceanica: Australiani. — 6. Iperborei. — 7. Americani. — 8. Le grandi razze asiatiche: Malesi. — 9. Mongoli. — 10. Dravida, Nubi, Mediterranei. Pag. 37-71.

CAPITOLO III. — L'ordalia presso i popoli di razza camitica e semitica.

I. L'ordalia in Egitto. Leggende degli scrittori greci e specialmente d'Erodoto.

II. L'ordalia presso i Semiti. 1. Babilonesi ed Assiri. Imprecazioni nelle carte giuridiche. Divinazione e scienze occulte. — 2. Ebrei. *Urim e Tummin*: oracoli giudiziari. — 3. Prova delle acque amare secondo il libro dei Numeri. Autori che negano l'esistenza del giudizio di Dio presso gli Ebrei. — 4. La prova delle acque amare secondo il Talmud ed i commentatori. Abolizione delle acque amare. — 5. Fenici. La storia di Giona profeta. Pag. 72-87.

CAPITOLO IV. — L'ordalia presso gli Indiani ed Eranii.

I. Gli Aarii primitivi.

II. Le ordalie indiane. 1. Se il concetto primitivo del giudizio di Dio si sia, meglio che altrove, conservato nell'India. L'ordalia non è di origine postvedica. — 2. L'ordalia nei Veda e nei Brahmana. — 3. Fonti giuridiche. Codici bramanici di Gautama, Baudhâyana, Vasishta,

Apastamba, e Vishnu. — 4. Codice di Manù. — 5. Yajnavalkya, Narada. — 6. Libri giuridici posteriori. — 7. Ali-Ibrahim-Khan. Le ordalie di fronte agli altri mezzi di prova: come prova dell'accusatore: per mezzo di campioni. — 8. L'ordalia indiana nei racconti degli scrittori classici. — 9. Relazione del pellegrino buddista Hiouen Thsang. — 10. Missionari. Il P. Bouchet e l'abate Dubois. — 11. Le ordalie in Kamaon e nel regno di Nepal. Le ordalie indiane nelle novelle Medievali. *La Bocca di verità*.

III. L'ordalia presso gli Eranii. 1. Persiani. Prova del rogo in Firdusi. L'ordalia nell'Avesta. — 2. Sciti. Uso della divinazione secondo Erodoto. Pag. 88-122.

CAPITOLO V. — L'ordalia presso le popolazioni greco-italiche.

1. Diritto romano e greco, e diritto germanico. — 2. Esame delle ipotesi di Leist e Bernhöft sulla procedura primitiva e sull'uso del giudizio di Dio presso le popolazioni greco-italiche. — 3. Perché le tracce di giudizio di Dio siano più frequenti fra i Greci, che non fra i popoli italici. — 4. Testimonianze sull'uso del giudizio di Dio in Grecia. — 5. Tracce di giudizio di Dio presso i popoli italici. — 6. Se le formalità della *legis actio sacramento* ricordino l'uso del duello giudiziario. — 7. Opinioni degli autori sull'uso del giudizio di Dio presso i Romani. Pag. 123-149.

CAPITOLO VI. — L'ordalia presso i Celti e gli Slavi.

1. Testimonianze degli scrittori classici sull'ordalia presso i Celti. Leggi di Wales. Diritto irlandese. Se esso abbia potuto influire sul diritto germanico, specialmente riguardo alle ordalie. — 2. Slavi. Se essi abbiano accolto il giudizio di Dio solo dopo la loro conversione al cristianesimo. Boemia. Polonia. Russia. Slavi meridionali. Pag. 150-163.

CAPITOLO VII. — L'ordalia presso i popoli germanici.

1. Divisione etnografica della grande famiglia germanica. — 2. Ipotesi degli autori sull'origine delle ordalie germaniche e sull'influenza esercitata dal Cristianesimo. Varie specie di ordalie. *Duello*. Sua origine pagana. È giudizio di Dio. *Sorte*. Sua origine pagana. Non v'è ragione di distinguerla dalle ordalie. *Prove del fuoco e dell'acqua*. Ipotesi della loro origine orientale, celtica, o greca. *Giudizio della bara*. Se esso debba essere annoverato fra i giudizi di Dio. *Iudicium offae*. Sua origine pagana. *Iudicium crucis*. Sua probabile origine cristiana. Rapporti col duello. *Giuramento*. *Eucaristia*. Se il giuramento sia giudizio di Dio. Se lo sia l'eucaristia. Se la prova dell'eucaristia sia una trasformazione d'antica prova pagana. *Prova della zolla*. Quale sia il momento comune che si riscontra nei vari modi in cui questa prova è usata. *Bagno delle streghe*. *Prova della bilancia*. Non sono di regola giudizi di Dio. *Iudicium caldarum pendentis, panis pendentis, Psalterii*. Divinazione. Prova delle spine riservata agli Ebrei. *Provocatio ad tribunal Dei*. Pag. 164-218.

CAPITOLO VIII. — Uso del giudizio di Dio e suoi rapporti cogli altri mezzi di prova del processo germanico.

1. Considerazioni generali. — 2. Opinioni degli scrittori sulla questione, a quale delle parti spettasse la prova. — 3. Opinioni sui rapporti del giudizio di Dio cogli altri mezzi di prova, e specialmente col giuramento. — 4. Uso del duello. Esame della teoria di Löning, che ritiene il duello mezzo di prova dell'accusatore. — 5. Esame della teoria di Siegel sulle *Kampfsfürdige* e *Kampfbedürftige Klagen*. — 6. Rapporti fra la *purgatio* dell'accusato e la prova testimoniale. — 7-10. Tentativo di ricostruzione della procedura primitiva. — 11-13. Come essa gradatamente si trasformasse col crescere dell'autorità sociale. Se l'ordalia fosse originariamente un mezzo di rafforzare il giuramento, e quindi per necessità una prova sussidiaria. L'ordalia nelle singole leggi barbariche. — 14-16. Stato della dottrina sul sistema di prove della legge salica. — 17. Esame delle teorie di Thonissen e Loening. — 18. Congetture sulle prove e specialmente sull'uso del giudizio di Dio nella legge salica. — 19. Diritto ribuario. — 20. Diritto franco-chamavo. — 21. Diritto burgundio. — 22. Diritto turingio. — 23. Diritto sassone. — 24. Diritto frisio. — 25. Diritto alamanno. — 26. Leggi bavare. — 27. Leggi visigotiche. — 28. Capitolari. — 29. Costituzioni imperiali. — 30. Diritto longobardo. — 31. Innovazioni degli interpreti. — 32. Anglo-Sassoni. — 33. Diritti nordici. Uso del duello. Se le prove dell'acqua bollente e del ferro infuocato siano state introdotte fra i Germani del Nord in epoca relativamente recente, e dietro l'esempio dei Germani del Sud. — 34. Singole regioni nordiche. Islanda, Norvegia, Danimarca e Svezia. Pag. 219-321.

CAPITOLO IX. — Il cristianesimo ed il giudizio di Dio.

1-3. Varietà d'opinioni sulla questione dell'influenza esercitata dal cristianesimo sui giudizi di Dio. Condizioni generali della società cristiana nei primi secoli del Medio Evo, e condizioni speciali dei Germani convertiti. — 4-7. Disposizioni dei concilii relative ai giudizi di Dio. — 8. Se la prova dell'acqua fredda sia stata introdotta o regolata da Leone III od Eugenio II, insieme a Carlo Magno o Lodovico il Pio. — 9. Falsificazioni del Ms. torinese E. v. 44. — 10-13. Il giudizio di Dio nelle lettere pontificie. — 14. *Versus de Thimone comite*. Agobardo, arcivescovo di Lione. — 15. Rabano Mauro. Hincmaro. — 16. Falsificazioni francesi del ix secolo. Benedetto, Angilramno e lo Pseudo-Isidoro. Proibizione dei *peregrina iudicia*. — 17. *Collectio canonum Anselmo dicata*. — 18. Reginone. Attone, vescovo di Vercelli. — 19. Burchardo di Worms. — 20. Lettere di Ivone di Chartres, Hildeberto di Tours, Goffredo Vindocinense e Pietro Venerabile. — 21. *Pannormia* e Decreto di Ivone. — 22. Collezione di canoni del Ms. torinese D. iv, 33. — 23. Decreto di Graziano. — 24. Distinzione tra la *purgatio canonica* e la *vulgaris*. — 25. Incertezza della dottrina

dopo Graziano. Siccardo da Cremona. *Collectio Lipsiensis. Quinque compilationes antiquae. Summa* di Raimondo da Pennaforte. Goffredo di Trano e l'Hostiense. — 26. *Summa* del Ms. torinese E. v. 15. — 27. Formalità dei giudizi di Dio. *Ordines iudiciorum Dei*. — 28. Formalità del duello. — 29. Ipotesi di frodi da parte dei sacerdoti, che dirigevano le ordalie. — 30. Conclusioni. Pag. 322-412.

CAPITOLO X. — Ultime vicende del giudizio di Dio.

I. Italia. — 1. Considerazioni generali. — 2. I giureconsulti italiani contrarii al duello ed alle ordalie. — 3. Il duello nel diritto romano volgare. — 4. Il duello nel diritto italo-longobardo. — 5. Duello ed ordalie negli statuti italiani. — 6. Del diritto di duello. — 7. Trasformazione del duello giudiziario in duello cavalleresco, e rassegna dei principali trattati sul duello dal xiv al xvi secolo.

II. Diritto francese. — 1. Il giudizio di Dio nelle corti feudali. — 2. Le prove nei tribunali municipali. — 3. Giurisdizione regia. Procedura inquisitoria. Ordinanza di S. Luigi contro il duello. Opposizione della nobiltà. Ordinanze di Filippo il Bello. — 4. Ulteriori vicende del duello, e formalità, che lo accompagnavano.

III. Paesi germanici. — Spagna. — Ungheria. — 1. Paesi germanici. Diritti provinciali e municipali. — 2. Trasformazione del duello giudiziario in duello cavalleresco. Abolizione delle ordalie. — 3. Spagna.

— 4. Ungheria. Pag. 413-477.

APPENDICE. — La *summa de pugna* di Rofredo. » 478-492.

AGGIUNTE E CORREZIONI

- A pag. 2 n. 1. Aggiungi ZOEPEL, *Alterth.*, 1, p. 206-207.
- » 22 n. 1. Agli autori citati in questa nota è da aggiungersi DECLAREUIL (in *Nouv. Rev. histor. du D. franç. et étranger*, 1889, pag. 401-402), per il quale originariamente le ordalie sarebbero state una specie di ginocchi di azzardo.
- » 59. B. A. MOREL (*Traité des dégénérescences.... de l'espèce humaine*, Par. 1857, p. 389) scrive, probabilmente sulla fede di D'ORBIGNY, *L'homme américain*; ...*Les Yuracares... seuls parmi les indigènes ...connaissent le suicide et le duel.*
- » 61. Per la prova dei due ceri cfr. in seguito pag. 474.
- » 76 n. 2, leggi: riportato a pag. 14, n. 2.
- » 89 n. 5, leggi: Cfr. sopra pag. 39.
- » 92 n. 3, leggi: Cfr. sopra pag. 90, n. 1.
- » 117. Il segno della nota seconda deve porsi dopo le parole: ...nel regno di Nepal.
- » 144. ...un simulacro di lotta: leggi: una specie di lotta.
- » 147 lin. 4. corrisponde: leggi: corrisponda.
- » 188 » 19. non essere stato il giudizio: leggi: il giudizio di Dio.
- » 151 n. 4. Sul duello presso i Celtiberi vedi l'articolo di ARBOIS DE JUBAINVILLE (*Le duel conventionnel en droit Irlandais et chez les Celtibériens*), nell'ultimo numero della *N. Rev. hist. du D. franç. et étr.* (XIII (1889) p. 729-732).
- » 154 n. 1. Leggi: regards invece di regarded e battle invece di battles.
- » 158. Sul giudizio di Dio nell'*Ordo iudicii terre* vedi E. WERUNSKY, *Der ordo iudicii terre Boemie* in *Zeitschrift für Rechtsgesch.* XXIII, 1889, p. 157-58.
- » 160 n. 1. Leggi: Fu edito da HELOEL... e prima ancora da VOLKMANN...
- » 164. Alla bibliografia aggiungi: I. VARGHA, *Die Vertheidigung in Strafsachen*, Wien, 1879, § 78-91, pag. 103-121. GLASSON, *Hist. du Droit et des Inst. de la France*, 1-3, 1887-89. (Sul giudizio di Dio, v. III, 505-522). — C. THÜMMEL, *Der gerichtl. Zwei-*

kampf und das heut. Duell in D. Zeit- und Streitfragen, 1887, fasc. iv (insignificante). — H. SIEGEL, *D. Rechtsgesch.*, 2^a Aufl. 1889, p. 482 seg. — R. SCHRÖDER, *Lehrb. der D. Rechtsgesch.* 1889 (p. 83 seg., 357 seg., 714 seg.). — ROCKINGER, *Quellenbeiträge zur Kenntniss des Verfahrens bei den G.-U. des Eisens, Wassers, geweihten Bissens, Psalters. (Quellen zur bayer. u. d. Gesch., VII (1858) p. 313-409 (non ha più grande importanza dopo la raccolta dello ZEUMER).*

A pag. 167 n. 2. Anche SCHRÖDER (*Rechtsgesch.*, p. 83-84) sosteneva che originariamente fossero conosciuti dai germani solo il duello e la sorte, ma si ricredette (pag. 362), specialmente in seguito al lavoro di Kaegi.

» 174 n. 1. Anche SCHRÖDER, *Rechtsg.*, p. 84, n. 28, professa di accogliere solo in parte (*nur teilweise*) il concetto, che il duello sia solo una faida regolata. SIEGEL, *Rechtsg.* p. 483 annovera il duello (come pure la sorte) fra i giudizi di Dio. ZOEPFL, *Alterth.* II, 463, III, 358 seg. sostiene pure che il duello è giudizio di Dio.

» 174 n. 3, lin. 7. Leggi: *Formalitäten...*

» 176 n. 3. Sui duelli di donne v. anche UNGER, p. 58-59, KRIES, p. 92, n. 116 ed ivi citato lo *Stadtrecht* di RUPRECHT von FREYSINGEN, II, 51. PETRUS DE AURILIACO (*Aurea practica*, tit. de duello in SAVARON, *Traicté contre les duels*, p. 42-43), scrive: « Mulieres » tamen inter se pugnant, secundum pravam consuetudinem, » quæ in omnibus est prava, etc. ».

» 192 n. 2. BUCHWALD in base a questo fatto e ad altri come quelli citati sopra a pag. 65, 82, 135, 137, ecc., cerca di mettere in rapporto il giudizio di Dio colla prova documentale, e quasi sarebbe tratto ad inventare una nuova specie di ordalia l'*ordal durch die Urkunde*. A me però sembra che la scrittura in tutti questi casi abbia solo un valore simbolico, ed accessorio non la *zauberische Wirkung*, di cui parla l'A. citato.

» 211 lin. 10. ...il passo... aggiungi della collezione lucchese.

» 211-212 n. 5. Del resto SCHRÖDER, *Rechtsg.* § 11, n. 94 ritiene appunto che la prova della zolla non sia giudizio di Dio.

» 216 n. 4. Cfr. ZOEPFL, *Alterth.* II, 373. Il formulario tedesco fu pubblicato per la prima volta da Rockinger, o. c., p. 352 e seg. dove è riprodotto anche un rozzo disegno, che illustra il testo.

» 288 n. 3. Cfr. CALISSE, *Dir. ecclès. e dir. longob.* p. 131.

» 291 n. 4. GRAESSE riproduce da BRUNET il solo articolo errato. Una descrizione dell'edizione del Boherius si ha in HAENEL, *Epitome Juliani* (1873) xx-xxi. Il testo di Giuliano vi è ristampato in *Addenda*, p. 8^a seg. V. anche BOLLATI in una nota a pag. 365 della sua traduzione della *Storia delle fonti* di STOBBER. Nella stessa nostra nota, a p. 292, lin. 17, invece di *ined. leggi iurid.*

A pag. 307.

Sulla storia del duello giudiziario in Inghilterra fu ora pubblicata un'opera voluminosa da G. NELSON (*Trial by combat*, London, Williams and Norgate, di pp. 364). Non mi fu dato ancora di consultarla. L'A. vi si occupa anche della Scozia, di cui io non parlai perchè non avevo materiali sufficienti, benchè qualche scarsa notizia si trovi in Unger.

» 326 n. 1. Aggiungi: Cfr. sopra p. 153, n. 5. V. anche le *Sortes Apostolorum* in *Codex can. vetus*, 1687, pag. 370-73.

» 326. Ultima linea: utisque: leggi: tuisque.

» 336 n. 1. V. anche gli esempi riportati da Du CANGE, v. *iudicium*. Una sentenza di Giacomo I (16 ottobre 1274) ammette un ricorso di Arnaldo de Cabrera contro Bernardo di Centellas, che lo aveva vinto in duello, ritenendo che quest'ultimo si era procurata la spada di Villardell, che assicurava la vittoria a chi la usava, aveva inoltre ottenuto dal priore di S. Paolo una cotta di maglia, che rendeva invulnerabili, e portava infine un diamante magico, per cui le sue ossa non potevano rompersi. Centellas ed i suoi complici furono gravemente puniti. (Du Boys, *D. crim. de l'Espagne*, 613-14).

» 337-338 n. 5. Della leggenda delle tesi di S. Domenico, rispettate dalle fiamme, si conosce un'altra versione, secondo la quale il miracolo sarebbe accaduto non a Tolosa, nè in presenza di S. Domenico, ma a Fanjeaux, in terra Albigenium. Il libro di S. Domenico gettato nelle fiamme *resilivit ter illesus*. (A. LECOY DE LA MARCHE, *Anecdotes... tirés du recueil inédit d'Et. de Bourbon dominicain du XIII siècle*, Paris 1877, n. 337, p. 286-87). È questa la versione narrata dagli storici di S. Domenico e rappresentata dal beato Angelico nella predella del celebre suo quadro dell'incoronazione della Vergine, ora al Louvre.

» 364. Due bolle in cui si condanna l'uso del duello da parte degli ecclesiastici, e quindi indirettamente lo si tollera fra laici, sono riprodotte in Du CANGE, v. *duellum* (ed. cit., II, 952-953). Una di queste bolle è diretta da Innocenzo II al clero di Francia nel 1140: l'altra è una *Bulla Innoc. PP.* in *Chartulario ecclesie Glasguensis*.

» 371. Aggiungi una bolla d'Innocenzo IV al vescovo di Troyes (23 luglio 1252) ed altra di Alessandro IV al vescovo d'Anxerre (13 febr. 1258), cit. da TARDIF in *Nouv. Rev. histor.* XI (1887) p. 171, n. 38.

» 386 n. 2. Sul codice vercellese dell'*Anselmo dicata* danno scarse ed imperfette notizie Bianchini (in DE GREGORY, *Storia della vercellese letteratura*, P. IV, 1824, p. 566). ANDRES (*Lettera sopra alcuni codici delle bibliot. capitolari di Novara e Vercelli*,

Parma 1802, p. 77]. GAZZERA (*Delle iscriz. cristiane antiche del Piemonte...* Torino, 1849, p. 120 seg.), e NEIGEBAUER (La bi-
bliot. del capitolo metropolit. di Vercelli, in *Rivista contem-
por.* Torino, XVII, 1859, p. 123-24). V. anche CONRAT, *Gesch. der
Quellen*, p. 213, n. 57). Già Walter congettura che l'autore
della nostra collezione conoscesse dello Pseudo-Isidoro le sole
decretali pontificie.

A pag. 397 nota. In due punti della nostra collezione, cioè nel libro III, c. 178-
182 e nel I. IV, c. 82, trovansi frammenti di capitolari tolti,
se non erro, da Reginone, ma non direttamente.

- » 409 n. 4. Del noto libro di scherma di TALHOFFER si è fatta da poco una
splendida edizione (TALHOFFER's *Fechtbuch aus dem Jahre 1467*
... herausg. v. G. HERGSELI, Prag. 1887, con 268 tav.).
- » 448 n. 2, lin. 8, invece di Genova, leggi Geneva.

